

DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

**(DISCRECIONALIDAD, JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y
ENTES REGULADORES)**

VOLUMEN I

DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

**(DISCRECIONALIDAD, JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y
ENTES REGULADORES)**

VOLUMEN I

Editores:

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Víctor Leonel Benavides Pinilla

Javier Ernesto Sheffer Tuñón

Miguel Ángel Sendín García

Copyright © 2009 Congrex S.A.

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluso la reprografía y el tratamiento electrónico, sin la autorización escrita de los titulares del copyright.

ISBN 10: 0-9842076-1-9

ISBN 13: 978-0-9842076-1-9

Diseño: Critería International.

Impreso por Digital Publishing of Florida.

Para información contactar info@criteriainternacional.com.

ÍNDICE

Prológo	ix
Argentina	1
La justicia contencioso administrativa y la ampliación del bloque de legalidad (los nuevos derechos y la legitimación) <i>Juan Carlos Cassagne</i>	3
La participación pública en la elaboración de normas por las Autoridades Reguladoras de los servicios públicos <i>Alejandro Pérez Hualde</i>	31
El control judicial de la discrecionalidad administrativa <i>Pedro José Jorge Coviello</i>	53
Facultades reglamentarias de las Autoridades Reguladoras en Argentina <i>Ismael Mata</i>	83
El control de los Entes Reguladores <i>Miriam Mabel Ivanega</i>	105
Bolivia	127
Potestades interventoras de los entes reguladores de los servicios públicos <i>José Mario Serrate Paz</i>	129
Brasil	149
Medidas de intervenção das autoridades reguladoras como forma de intervenção: os desafios da regulação na experiência brasileira <i>Romeu Felipe Bacellar Filho</i>	151
A jurisdição administrativa no Brasil: desenhos de um perfil <i>Rogério Gesta Leal</i>	163

Direito da Regulação: por uma teoria baseada nos objetivos fundamentais do Estado Constitucional <i>Juarez Freitas</i>	179
Colombia	197
Posiciones de la jurisprudencia colombiana sobre la independencia o autonomía de las Agencias Reguladoras <i>Libardo Rodríguez Rodríguez</i>	199
La jurisprudencia colombiana sobre el control de la discrecionalidad <i>Consuelo Sarría Olcos</i>	241
Costa Rica	273
Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, vigente a partir del 1 de enero del año 2008 <i>Enrique Rojas Franco</i>	275
La nueva justicia administrativa en Costa Rica: Principales innovaciones del nuevo Código Procesal Contencioso-administrativo <i>Ernesto Jinesta Lobo</i>	311
Contratación administrativa electrónica en América Latina <i>Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	335
Ecuador	381
Pragmatismo vs. principialismo jurídico <i>Javier Robalino-Orellana</i>	383
España	389
Regulación económica y crisis financiera <i>José Luis Meilán Gil</i>	391
Funcionalidad de las medidas cautelares en el sistema contencioso administrativo (especial referencia al Derecho español) <i>Jaime Rodríguez-Arana Muñoz</i>	421
Autoridades sectoriales (independientes) en telecomunicaciones: Experiencia española y comunitaria europea <i>José Carlos Laguna de Paz</i>	451

Las potestades de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo <i>Miguel Ángel Sendín García</i>	463
México	485
Derecho de los particulares frente al agotamiento de la vía administrativa en México <i>Germán Cisneros Farías y Gustavo Mireles Quintanilla</i>	487
Privatización, desregulación y actualización del servicio público: el nuevo marco de la intervención pública en la actividad económica <i>Jorge Fernández Ruiz</i>	497
La nueva Administración del Estado contemporáneo <i>José René Olivos Campos</i>	513
Nicaragua	519
El control jurídico de las Agencias Reguladoras de servicios públicos <i>Miguel Ángel Sendín García y Karlos Navarro Medal</i>	521

PRÓLOGO

Los dos volúmenes del libro contienen las ponencias y comunicaciones presentadas al Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en la ciudad de Panamá, del 16 a 18 de septiembre del año en que nos encontramos. Este Congreso se celebró tras las sesiones del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo que tuvieron lugar los días 14 y 15 de manera que buena parte de los conferenciantes del Congreso son miembros del Foro Iberoamericano de Administrativo. Es más, ordinariamente, el Foro y Congreso se celebran siempre en las mismas fechas pues el Congreso ayuda enormemente a la financiación del propio Foro. En este año de 2009, a sugerencia de los colegas Panameños, la temática objeto del Congreso ha sido amplia y abierta, concentrándose las exposiciones, como pueden comprobar los lectores, en temas tan relevantes como el de la jurisdicción contencioso administrativa, la discrecionalidad administrativa y, entre otros, la funcionalidad y sentido de los Entes reguladores.

En esta edición, gracias a la receptividad de los juristas panameños del Derecho Administrativo, el lector va a encontrar en el libro una buena nómina de estudios de Derecho Administrativo Panameño, lo que nos alegra mucho al resto de profesores porque una de las tareas de estos encuentros es la de ayudar a que la sensibilidad jurídica en el ámbito del espacio público sea mayor en los países en los que celebramos nuestros Foros y Congresos. En Panamá, este objetivo, también lo hemos cumplido con creces.

La elección de los temas guarda una relación muy especial con la actualidad que ofrece la realidad del Derecho Administrativo, tanto en Panamá, como en el resto del área Iberoamericana. Las cuestiones que se refieren al alcance, al objeto o a los límites de la jurisdicción contencioso administrativa se tratan con profundidad. Igualmente, la denominada justicia cautelar ocupa un lugar por derecho propio en el libro puesto que es también una de las cuestiones más tratadas por doctrina y jurisprudencia en la materia. Se analizan igualmente los procesos especiales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y el espinoso tema de la ejecución de las sentencias contencioso administrativas.

La diferenciación entre arbitrariedad, ausencia de racionalidad, y discrecionalidad, facultad de apreciar la solución más adecuada al interés público, es objeto también de los aportes de autores del Derecho Administrativo

Iberoamericano. El problema del alcance y operatividad del concepto jurídico indeterminado de interés público también es tratado por los colegas. En fin, en este grupo de trabajos se vislumbra la necesidad de articular un sistema de principios y reglas claras que amparadas en la racionalidad puedan limitar el espacio de acción de la Administración para que actúe siempre, como es exigible en un Estado de Derecho, sirviendo objetivamente dicho interés público.

Un tema que a día de hoy no puede estar ausente de cualquier reflexión que se realice sobre el Derecho Administrativo es el relativo al papel de los entes reguladores de acuerdo con la función que hoy tiene el Ordenamiento jurídico-administrativa en relación con la actividad económica. Los entes reguladores tienen una trascendental tarea de control, de supervisión, de vigilancia, de comprobación de que los diferentes servicios económicos denominados de interés general actúan en un marco de objetividad y racionalidad. En el origen de la actual crisis económica y financiera, como es sabido, nos encontramos con fallas, no pequeñas, en la funcionalidad de estos entes reguladores.

En fin, el lector tiene en sus manos un conjunto de aportaciones de profesores de Derecho Administrativo del área iberoamericana que muestran hasta qué punto resulta necesario, y fructífero, el intercambio de puntos de vista y la panorámica general comparada. Esperemos que estos estudios que fueron presentados al magno Congreso de Panamá, auspiciado por la Corte Suprema de este gran país, sirvan para seguir analizando y trabajando sobre una rama del Derecho que bien puede definirse, parafraseando a un colega español, como el Derecho de poder para la libertad.

Panamá, julio de 2009

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Víctor Leonel Benavides Pinilla
Javier Ernesto Sheffer Tuñón
Miguel Ángel Sendín García

ARGENTINA

LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y LA AMPLIACIÓN DEL BLOQUE DE LEGALIDAD (LOS NUEVOS DERECHOS Y LA LEGITIMACIÓN)

Juan Carlos Cassagne

I. La función de controlar el ejercicio del poder público

Nunca ha sido tarea fácil la de controlar el ejercicio del poder público cuando se afectan derechos de los ciudadanos. Tuvieron que transcurrir muchos siglos hasta que consolidaran sistemas que impidieran, con una mínima eficacia, el desborde de la actividad administrativa y legislativa del cauce del derecho y de la justicia.

Algunos piensan que el control judicial ha de ceñirse, fundamentalmente, a la verificación por el juez de la legalidad de la actuación más o menos determinada de la Administración Pública. Si así fuera, el control judicial se convertiría en una pura operación de subsumir el caso concreto en el ordenamiento general y bastaría con controlar que, aún dentro de la franja de discrecionalidad que puede brindar la norma, la Administración ha optado por una solución razonable y, por tanto, exenta de arbitrariedad para dar por cumplida la tutela judicial.

Pero ocurre que las cuestiones a resolver, en materia de control judicial, no se presentan de ese modo tan simple en la mayor parte de los casos, lo cual modifica sustancialmente la visión que debe tener el juez a la hora de juzgar a la Administración.

Por de pronto, el juez, en algunos sistemas contencioso administrativos como el nuestro, tiene atribuida la potestad de juzgar la constitucionalidad de la propia ley o el ordenamiento legislativo en el que se fundamenta la actividad administrativa y lo hace no sólo conforme a la técnica de la jerarquía constitucional (de tipo kelseniano) sino a la de los principios generales del derecho, que suelen ser creaciones pretorianas de origen doctrinario o jurisprudencial (como los creados por el Consejo de Estado francés) pero, en cualquier caso, recepcionados por los tribunales ya que, a través de ellos, estos principios adquieren una realidad o positividad y se incorporan al mundo jurídico.

En otros supuestos, el juez no controla el ejercicio del margen de discrecionalidad sino la aplicación correcta o no de un concepto jurídico indeterminado. ¿Qué herramientas utiliza para llevar a cabo este control? Como la ley generalmente no proporciona base determinada o si así fuera ésta es casi siempre deficiente, el juez –que no puede dejar de fallar en la mayor parte de los sistemas civilizados– carece de todo otro recurso que no sea el de acudir (una vez más) a la aplicación de los principios generales del derecho existentes o a la creación de alguno nuevo que le permita resolver el conflicto de la manera más justa. Los casos en que esto acontece son numerosos habida cuenta la posibilidad bastante común que se produzcan carencias normativas, lo cual conduce muchas veces a la necesidad de determinar la dimensión de peso de principios y normas contradictorias. En todos esos supuestos el juez precisa acudir a criterios de justicia antes que al ordenamiento positivo y mantener una posición de equilibrio frente a los demás poderes del Estado y la opinión pública.

Esta somera descripción permite advertir que la labor judicial de controlar a la Administración y a la actividad legislativa es mucho más compleja que la del juez civil, –el cual generalmente juzga sobre un marco más estable y con un cuerpo de normas y principios jurídicos arraigados por el peso de una tradición milenaria– en un conflicto entre particulares cuyo grado de repercusión social o de vinculación al interés público es bastante menor.

En cambio, el ordenamiento administrativo presenta una mayor movilidad y su relación directa con la Constitución es mucho más acentuada aunque, en definitiva, el mundo jurídico tenga en ambas ramas del derecho una estructura tridimensional que se compone de normas, conductas o experiencias y valores de justicia¹ la cual fundamenta la distinción que hace la doctrina entre legalidad y legitimidad (o juridicidad)².

En cualquier caso, la labor judicial de controlar la actividad de la Administración y la del Parlamento no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: el de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los

¹ Nuestra adhesión al trialismo data de años atrás, véase GOLDSCHMIDT, W.: *Introducción Filosófica al Derecho*, págs. 36 y 400, 4° ed., Depalma, ps. 31 y 38, Buenos Aires, 1973. En esta obra (pág. 383), el maestro GOLDSCHMIDT transcribe unas palabras escritas en nuestro primer libro en el sentido de que “la adhesión a la teoría trialista del mundo jurídico, sobre la base de un jus-naturalismo actualizado, posibilita el hallazgo de justas soluciones con fundamento jurídico-científico, eliminando del derecho natural aquellos enfoques idealistas y racionalistas que hicieron su desprestigio al reconocer que bajo la superficie del fenómeno jurídico anidan elementos de diversa índole como norma, conducta y valor” (cfr. CASSAGNE, J. C.: *La ejecutoriedad del acto administrativo*, ed. Abeledo Perrot, pág. 9, Buenos Aires, 1971).

² Véase CALDERON MORALES, H.H.: “Los principios generales del derecho administrativo”, *Actas del VII Foro de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Junta de Castilla y León, ed. Netbiblo, La Coruña 2008, págs. 451-453.

intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público, sin sustituir –como lo ha puntualizado SESIN– la discrecionalidad política por la judicial, siendo tan pernicioso el control que paraliza la actividad estatal como el que la limita excesivamente con mengua de las garantías del Estado de Derecho³. Ello sin desconocer que, como bien lo ha puntualizado VANOSSI, “a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los controles, un vigorozamiento de las garantías y una acentuación de las responsabilidades⁴”.

II. La tutela judicial efectiva

En la última parte del Siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado una gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, a raíz de su recepción constitucional.

Su proyección en Hispano-América, particularmente en Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido el principio tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución Nacional⁵ y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos pre-constitucionales consagró, en su artículo 18, la garantía de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personas y de los derechos”, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por ALBERDI⁶.

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

³ SESÍN, D.: “La materia contencioso administrativa en Córdoba”, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo – I*, pág. 178, ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.

⁴ VANOSSI, J. R.: “La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder”, comunicación efectuada por dicho autor en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y publicada en Separata de la Revista *La Ley*, pág. 35, Buenos Aires, 2002.

⁵ Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.1) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9, 14 y cc) incorporados a través del art. 75 inc. 22.

⁶ En la Parte Primera, Capítulo II, el artículo 19 del Proyecto de ALBERDI expresa que “el derecho de defensa judicial es inviolable”.

En su evolución posterior, la garantía⁷ de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano⁸, y más modernamente, primero con el llamado derecho a la jurisdicción y luego con el principio de la tutela judicial efectiva.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción, reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada, susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de los plazos razonables⁹.

Estas garantías que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina¹⁰ consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del artículo 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva la cual, para un sector de la doctrina, “se encuentra en la base misma del Estado de Derecho”¹¹.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, ésta última como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo¹², se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés

⁷ Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y afianzar la seguridad jurídica que actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena administración, establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución Nacional y de las leyes; véase LINARES, J. F.: *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, págs. 203-206, Buenos Aires, 1944; LINARES QUINTANA, S. V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado*, t. V, pág. 355, Buenos Aires, 1953-1963. Para CARRIÓ, cuando aludimos a las “formas de protección de los derechos”, “queremos aludir a la acepción restringida de la palabra ‘garantía’ o sea, la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele” (Cfr. CARRIÓ, G. R.: *Recurso de amparo y técnica judicial*, pág. 28, Buenos Aires, 1959).

⁸ Vid por todos: LINARES, J. F.: *La razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2º ed., págs. 17 y sigs., Buenos Aires, 1970.

⁹ BIDART CAMPOS, G. J.: *Derecho Constitucional*, t. 2, págs. 473 y sigs., Buenos Aires, 1969.

¹⁰ Fallos: 247:267; BIDART CAMPOS, G. J.: *op. cit.*, t. 2, págs. 499-500.

¹¹ Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, P.: *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, ed. Rap, Buenos Aires, 2008, pág. 54.

¹² Artículo 1º, inc. f) de la LNPA.

general en procurar una buena Administración¹³ proyectándose también al procedimiento administrativo¹⁴, en el que pasa a ser un principio general de amplio espectro dentro de la Administración Pública¹⁵.

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos ya que la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de un modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución al prescribir positivamente el sistema judicialista (artículos 108, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional) en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado¹⁶.

En Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un sector de la doctrina¹⁷ propició, en su momento, una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora¹⁸ que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década, algunos ordenamientos y la jurisprudencia, en forma limitada, por cierto, han comenzado a transitar por el camino correcto, y sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra

¹³ Cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor*, en REDA (argentina) N° 15-16, págs. 51 y sigs.

¹⁴ CANOSA, A. N.: *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, ED, t. 166, págs. 988 y sigs.

¹⁵ SCHEFFER TUÑÓN, J. E.: "Los principios generales en el derecho administrativo panameño", en la obra colectiva *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Junta de Castilla y León, Ed. Netbiblo, La Coruña, 2008, pág. 522.

¹⁶ Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista puede verse en la excelente tesis doctoral de BOSCH, J. T.: *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, págs. 36 y sigs., Buenos Aires, 1951. Según este autor la Constitución argentina de 1853 representa más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (*op. cit.*, p. 45).

¹⁷ LINARES, J. F.: *Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal*, LL, t. 94, sec. Doctrina, págs. 919 y sigs., especialmente p. 926; GORDILLO AGUSTÍN A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 2, págs. XIX-21 y sigs., Buenos Aires, 1980.

¹⁸ FIORINI, B.: *¿Qué es el contencioso?*, pág. 88, Buenos Aires, 1965.

de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no puede menos que señalarse la profunda gravitación que entre nosotros, ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la RAP y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes¹⁹.

Como ha dicho GONZÁLEZ PÉREZ:

el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se 'haga justicia' que se traduce, en el plano jurídico administrativo en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados²⁰.

A nuestro juicio, la tutela judicial efectiva no resulta incompatible con el establecimiento de una jurisdicción administrativa primaria (similar a la configurada en el derecho norteamericano) siempre que ella sea instituida por ley y se prescriba la posibilidad de un posterior control judicial, que puede asignarse a los tribunales o cámaras de segunda instancia.

Acierta SOTO KLOSS, cuando al abordar el recurso de protección en el derecho chileno, apunta que la circunstancia de que los derechos del hombre son anteriores al Estado y que su vida en sociedad constituye la razón de ser del ordenamiento jurídico, su protección se convierte necesariamente en "el fundamento esencial de toda organización estatal"²¹.

III. Ampliación del bloque de legalidad: los nuevos derechos y la legitimación

A. Los nuevos derechos

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 introdujo, en los artículos 41 y 42, una serie de derechos calificados como derechos de incidencia colectiva

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ, T. R.: "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Derecho Administrativo* (1976), pág. 728; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional", *RDP* 16 y 17, págs. 39-64 y 177-201, respectivamente, Madrid, 1982-1983.

²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998 del 13 de julio)*, t. I, pág. 17, 3ª ed., Madrid, 1998.

²¹ SOTO KLOSS, Eduardo, *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, p. 12, Santiago, 1982.

(así los califica el art. 43 CN) o derechos de tercera generación, que tienen por objeto la protección del medio ambiente, la competencia, a usuarios de los servicios públicos y a los consumidores, estos últimos en lo concerniente a la relación de consumo.

De ese modo, el nuevo escenario constitucional ha ampliado no sólo el ámbito de protección de los derechos individuales sino que ha dado carta de nacionalidad a una nueva categoría de derechos *supra* individuales de titularidad indivisible (el derecho a un ambiente sano) y a otros derechos que representan titularidades individuales homogéneas (v.g. los de los usuarios que reclaman la ilegalidad de una tarifa)²². Al respecto, se han propugnado diferentes categorías de derechos protegidos²³.

Los problemas que plantean los nuevos derechos, complejos y de distinta naturaleza, se ven agravados por la imprecisión o falta de definición de los textos constitucionales que han dado lugar a interpretaciones opuestas en punto a los mecanismos de protección constitucional²⁴. A ello se añade la cuestionada interpretación que ha hecho la Corte Suprema en punto a asignarle prevalencia a los tratados internacionales de derechos humanos sobre la Constitución pues, por más que se hayan incorporado o reconocido constitucionalmente “no derogan artículo alguno de la primera parte”, siendo

²² LORENZETTI, Ricardo L.: “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, *JA* 2002-II, págs. 237-238; GIL DOMÍNGUEZ, A.: “Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos”, *LL* 2008-E, 1021; ver también CAFFERATA, N. A.: “Los derechos de incidencia colectiva”, *LL* 2006-A, 1196, vid además: GOZAÍNI, O. A.: “Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, *LL* 2005-B, 1393; a su vez, sobre la necesidad de reglamentar el proceso colectivo: OTEIZA, E.: “La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare”, en OTEIZA, E (Dir.): *Procesos colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 21 y sigs.

²³ FALCÓN, E. M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T° I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, págs. 359 y sigs. Señala que, en Brasil, el art. 81 de la LDC prescribe, para la defensa de los derechos de los consumidores y de las víctimas, tres situaciones jurídicas: a) derechos difusos, cuando se trata de derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; b) derechos colectivos, también de naturaleza transindividual, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a un grupo, categoría o clase de personas vinculadas por una relación jurídica base y c) derechos individuales homogéneos, entendiéndose por tales los provenientes de origen común. Al comentar dicha normativa, anota FALCÓN que “Si observamos las tres categorías, hallamos en la primera la categoría difusa de la indeterminación; en el segundo caso, nos hallamos frente a las acciones de clase o grupo y, en el tercero, encontramos que se halla originado en causas de origen común, que pueden ser mediatas o inmediatas, pero a medida que se alejan en el tiempo...se hacen más remotas, menos homogéneos serán los derechos, limitándose a la acción de responsabilidad civil por los daños efectivamente causados” (op. cit., págs. 360-361).

²⁴ DALLA VÍA, A. R.: “Comentario al artículo 43 de la Constitución Nacional” en DALLA VÍA, A. R. (Dir.) – GARCÍA LEMA, A. M. (Colab.): *Nuevos derechos y garantías*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, págs. 283-284; una opinión restrictiva sobre el concepto de la legitimación del afectado sostiene BARRA, R. C.: “La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional”, en *Temas de Derecho Público*, Rap, Buenos Aires, 2008, págs. 43 y sigs.

complementarios (entiéndase no opuestos) “a los derechos y garantías por ella reconocidos”²⁵. La fuerza constitucional de dicho precepto no puede enervarse a tenor de criterios subjetivos y precisa ser aplicada sin discriminaciones, cualquiera fuera el reproche moral, social o político de la persona enjuiciada.

La instauración de estas nuevas categorías jurídicas, si bien responden a la realización de la dignidad de la persona humana, no pueden considerarse opuestas a los derechos individuales reconocidos en el art. 14 CN que también son fundamentales. Porque dos de los objetivos principales que prescribe el Preámbulo constitucional consisten en afianzar la justicia y asegurar la paz interior, lo que conduce a interpretar que el sistema, en comparación con otros preceptos y en su conjunto, debe procurar el equilibrio y armonía de los derechos antes que una lucha o confrontación que oponga lo público a lo privado, lo colectivo a lo individual. No creemos, por tanto, que el eje del derecho administrativo pase ahora por dejar de lado la defensa de las libertades y demás derechos de los ciudadanos frente a la autoridad ni tampoco la declinación de la clásica ecuación entre prerrogativas y garantías, sino que los nuevos derechos deben integrarse armónicamente en el sistema, buscando el justo equilibrio entre los distintos intereses que ellos representan.

La ecuación no pasa por oponer los derechos colectivos a los derechos individuales como se insinúa en la postura sostenida por un sector de la doctrina administrativista²⁶ pues, en el fondo, se potenciaría una lucha entre ciertos grupos sociales organizados contra las empresas y/o ciudadanos individuales, cuando la función del Estado es la de afianzar la justicia sin discriminaciones ni supremacías de un sector sobre otro.

Un peligro adicional está representado por la transformación de la justicia administrativa en un proceso objetivo con responsabilidades a cargo de particulares basadas en el riesgo o incluso en la actividad lícita, tal como se ha legislado en materia ambiental (art. 27, Ley 25.675)²⁷.

Otro problema no menor, no previsto en la Constitución ni en las leyes, radica en los efectos *erga omnes* que algunos precedentes atribuyen a las sentencias en procesos colectivos en los que no ha habido intervención de terceros. En tal sentido, una parte de la doctrina ha postulado (para supuestos en que existan numeroso actores con pretensiones de objeto similar y coincidentes)

²⁵ Vid. GARCÍA BELSUNCE, H. A.: “Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional”, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2006, págs. 5 y sigs.

²⁶ Sintetizada en la fórmula “derechos vs. derechos”, véase BALBÍN, C.: *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, págs. 95-98.

²⁷ Norma que debe reputarse inconstitucional en cuanto impone un sacrificio especial sin indemnización, lo cual conculca el principio contenido en el art. 17 CN.

la instrumentación de las *class actions* del derecho norteamericano²⁸, figura que, aparte de englobar necesariamente derechos que no son de incidencia colectiva (por ejemplo, una acción de resarcimiento de las víctimas de un siniestro donde múltiples actores pretenden la satisfacción de sus derechos patrimoniales) requiere la adopción de un proceso adaptado a la realidad vernácula para evitar eventuales abusos que podrían generarse. A su vez, corresponde diferenciar –como hace FALCÓN²⁹– el *litis consorcio* de una eventual acción de clase en el sentido de que mientras en el primero se trata de un proceso cerrado, la segunda constituye un proceso abierto a un número indeterminado de actores que se unifican *ope legis* (aunque la iniciativa tenga origen voluntario) en virtud de un procedimiento estatal preestablecido.

B. Problemática de la legitimación en el proceso administrativo

La gran conquista del derecho administrativo del siglo XX, en el plano procesal, ha sido la de haber montado un sistema (a cargo de jueces o tribunales administrativos independientes) de control de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado que realizan actividades de naturaleza administrativa o normativa.

Sin la organización efectiva de ese control la teoría de la separación de poderes hubiera quedado relegada a una mera división de funciones y la libertad de las personas junto con los otros derechos fundamentales no habrían pasado del rango de las declaraciones de derechos no operativas.

En tal sentido, existe una última conexión entre legitimación y política –en el concepto pleno de esta última– habida cuenta que el sistema procesal, que consagra las reglas de acceso a la justicia, constituye una suerte de receptáculo que alberga las más variadas motivaciones e ideas respecto de las relaciones entre el Estado y las personas privadas, en medio de una dialéctica que plantea una tensión en gran parte irreductible.

Esa tensión, que subyace, no sólo se produce entre autoridad y libertad sino, fundamentalmente en el campo de lo subjetivo y de lo objetivo, como formas de protección de los derechos y de realización de la justicia material.

²⁸ SOLA, J. V.: “Los derechos de incidencia colectiva”, *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2007, págs. 5 y sigs.

²⁹ FALCÓN, E. M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T° I, cit., págs. 345-347, advierte acerca de la necesidad de “encontrar equilibrio y de ejercer mesura en el tratamiento de casos en los que la parte, representante de la clase, se atribuye por si misma esa calidad al margen de los procedimientos clásicos de apoderamiento para actuar en juicio” (op. cit., T° I, pág. 359).

La solución de este intrincado problema no parece estar destinada a ilustrar sólo una discusión teórica y abstracta. Por el contrario, tiene que ver con las reales posibilidades de protección tanto de los derechos privados como del interés público porque la legitimación constituye una de las principales válvulas de apertura del proceso contencioso administrativo.

Pero esa válvula puede convertirse en un arma de defensa para la protección de los derechos o bien, en un obstáculo para impedir el ejercicio de los derechos. Este es, precisamente, el gran dilema que plantea la legitimación³⁰ y, como en muchas otras cuestiones, la principal dificultad radica en mantener el equilibrio entre una postura abierta al acceso a la jurisdicción y los medios humanos y materiales con que cuenta cada sistema para realizar la justicia.

Porque ninguna duda puede caber en cuanto a que lo ideal sería que cualquier habitante se encuentre legitimado *ab initio* para promover un proceso contra el Estado, como asimismo que si no tiene derecho tutelable por los jueces, éstos se lo reconozcan o nieguen al momento de dictar la sentencia, sin bloquearle el acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, como lo ha puesto de relieve MAIRAL³¹, se trata de “racionar un producto escaso” dado que mientras la cantidad de tribunales es limitada, el número de ciudadanos y, sobretudo, de acciones deducibles, es infinitamente superior a las posibilidades de cualquier sistema para administrar ese recurso escaso.

A su vez, en nuestro sistema, por un imperativo constitucional, el poder judicial sólo está habilitado para resolver casos³², lo cual requiere la presencia de una real controversia entre partes que afirmen y contesten sus pretensiones sobre derechos que consideran protegidos por el ordenamiento y la configuración de un agravio concreto que recaiga sobre el pretensor,³³ siendo indiscutible que este principio se proyecta, tanto al derecho federal como al provincial o local.

Se ha dicho también que en esta cuestión incide la visión que preferimos tener del poder judicial según una postura que nos lleva a optar entre un sistema en el que los jueces deciden sólo a través de sentencias con efectos inter-partes

³⁰ CASSAGNE, J. C.: “La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo”, *ED* 120-979.

³¹ MAIRAL, H. A.: “La legitimación en el proceso contencioso administrativo” en *Control de la Administración Pública*, RAP, Buenos Aires, 2003, págs. 111 y sigs., quien reproduce una frase bastante gráfica que expuso un tribunal norteamericano “...cada expediente que está en un juzgado es análogo a una cama ocupada en el hospital: hay un número de camas que se pueden ocupar y no más y hay un número de expedientes que se pueden manejar y no más” (op. cit., pág. 112).

³² Art. 116 CN.

³³ *Fallos* 302: 1666.

y otro, donde el poder judicial actúa como órgano político, desplegando su actividad mediante sentencias con efectos erga omnes cuyos alcances no se limitan a las partes en la causa sino que se proyectan a terceros.

En realidad, no obstante coincidir en las consecuencias disvaliosas que provoca la falta de regulación de los procesos colectivos y de los efectos de las sentencias que suspenden o invalidan actos de alcance general, la incidencia que provoca la ampliación del acceso a la justicia, generando la sobrecarga de la labor tribunalicia, resulta mayor que las consecuencias de aceptar el criterio que limita los efectos de las sentencias de invalidación de un acto general sólo a las partes de la controversia³⁴. Esto es así por cuanto aquellos que no fueron parte en el proceso deberán promover un juicio separado, con el consiguiente aumento de la litigiosidad, atiborrando los tribunales de causas idénticas o con similares pretensiones procesales.

Esto indica, a las claras, que la solución hay que buscarla por otro lado, fundamentalmente en la organización de los procesos colectivos, sin resentir el acceso a la justicia pero, al propio tiempo, sin caer en los inconvenientes constitucionales y prácticos que plantea la generalización de una suerte de acción popular, como está ocurriendo, en muchos casos, con los procesos de amparo.

C. Nuevas tendencias en materia de legitimación

1. Hacia una concepción amplia de la legitimación. Sus consecuencias sobre la doctrina del derecho subjetivo

La necesidad de que todos los intereses de las personas tuvieran mecanismos adecuados de acceso a la justicia a raíz de la consolidación del principio de la tutela judicial efectiva, amplió el campo de la legitimación procesal aceptándose que otras situaciones jurídicas, aparte del derecho subjetivo y del interés legítimo, pudieran invocarse —por las personas afectadas— para ser parte en un proceso concreto. A modo de ejemplo, considérese que, en el nivel nacional, se ha establecido el derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo alguno³⁵.

En algunos casos esta ampliación puede brindar resultados saludables. Empero, su adopción ilimitada puede terminar quebrando —como ocurrió, en ocasiones, en algunos sistemas como el español y el argentino— los vínculos que atan los mecanismos de legitimación procesal a la configuración de

³⁴ En sentido contrario: MAIRAL, H. A.: *La legitimación en el proceso contencioso administrativo* cit., pág. 116.

³⁵ Dto. 1172/03, Anexo VII, art. 6°.

determinadas situaciones subjetivas desplazando, de esa manera, el eje en el que descansa el criterio central de la categorización clásica.

Así, el centro de la teoría del derecho subjetivo ha pasado de la protección de los poderes jurídicos sustanciales y aun reaccionales³⁶ a la tutela de las situaciones de ventaja, así como a la reparación de las lesiones provocadas por el Estado, en los derechos de las personas.

Desde otro ángulo, un sector de la doctrina nacional ha propiciado la eliminación de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, sosteniendo que siempre que el administrado pueda invocar el quebrantamiento en su perjuicio de las reglas de la justicia distributiva se encontrará legitimado para recurrir en sede administrativa o promover una demanda judicial, sin que corresponda distinguir entre derecho subjetivo e interés legítimo³⁷.

La distinción existe no tanto en el plano de la valoración de la “cosa justa” donde la pretensión procesal puede llegar incluso a ser equivalente (v.gr., anulación del acto o contrato) en ambas situaciones jurídicas, sino en la aptitud (legitimación) que amplía la posibilidad de ser parte de un proceso concreto³⁸. La distinción puede hacerse, aun cuando ella puede ser explicada por concepciones diferentes³⁹ si bien las tendencias actuales apuntan a eliminarla considerando que, en definitiva, toda situación que reporta utilidad, provecho o ventaja a favor de una persona constituye en el fondo, un verdadero derecho subjetivo⁴⁰.

³⁶ La tesis de los derechos reaccionales, elaborada en España por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, representó, en su momento, el embate más serio que se planteó frente a la noción clásica al postular, en definitiva, la unidad de la concepción del derecho subjetivo, superando las antiguas fragmentaciones (derecho subjetivo, interés legítimo, interés personal y directo, derechos debilitados, etc.); véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 10° ed., Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs. 44 y sigs.

³⁷ Cfr. BARRA, R. C.: *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, págs. 273 y sigs. Aun cuando no compartimos los fundamentos de la crítica del autor a la concepción bipartita no puede dejar de reconocerse que ella responde también a la realización de lo “justo objetivo”, en cuanto, lejos de restringirlo, amplía el campo de la legitimación procesal. En nuestro concepto, la legitimación provendrá tanto del quebrantamiento por la Administración de las reglas de la justicia distributiva como de la justicia conmutativa.

³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho Procesal Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1966, págs. 267 y sigs.

³⁹ Para una reseña bastante completa de las diversas teorías véase: URRUTIGOITY, J.: “El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa”, en AAVV: *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 219 y sigs. Este autor, al igual que BARRA –entre otros– es partidario de unificar ambas categorías en una sola.

⁴⁰ Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “Las partes en el proceso administrativo”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, publicación de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, págs. 24-25; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 65 y sigs.

En suma, a los efectos de la legitimación para accionar judicialmente, lo que importa es la titularidad de un derecho reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico⁴¹, lo cual no implica instituir una legitimación objetiva basada exclusivamente en la mera legalidad ni menos aún, una acción popular a favor de cualquier ciudadano que invoque la sola ilegalidad sin demostrar la afectación o lesión de un derecho propio del mismo o de un determinado círculo o sector de intereses protegidos expresamente por el ordenamiento. La legitimación, más que una aptitud o capacidad, constituye la situación en que se encuentra el demandante en relación al objeto de la pretensión⁴² y el tipo de proceso.

2. La superación de las categorías tradicionales

Las dificultades que presentaba, en el plano de la realidad, la utilización promiscua de diferentes concepciones para calificar el derecho subjetivo y el interés legítimo, así como las otras situaciones jurídicas subjetivas u objetivas, generaron la necesidad de superar las categorías tradicionales simplificando la técnica de legitimación procesal.

De esa manera, el concepto de legitimación no se transforma en el eje de una carrera de obstáculos para acceder a la justicia sino que juega como un elemento que contribuye a la realización del principio de tutela judicial efectiva, ampliando el círculo de la legitimación activa y pasiva al titular de cualquier clase de interés que le proporcione alguna ventaja o beneficio⁴³ o la compensación o reparación de un perjuicio.

Así, una persona será portadora del derecho que le abre el acceso a un proceso concreto para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere

⁴¹ Como se prescribe en el Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (art. 13, CPCA).

⁴² MARTINI, J. P.: "El alcance de los conceptos de "interés", "derechos de incidencia colectiva" y "legitimación", *REDA*, No. 61, Depalma, Buenos Aires, 2007, pág. 731.

⁴³ Cfr. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, M.: "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/4/04. Cfr., asimismo, JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, M.: "La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", en *LL* 2003-B, 1333/1355 y en Suplemento La Ley de la *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, julio 2003, N° 26; de la misma autora: "Legitimación en el proceso contencioso administrativo", su exposición en las Jornadas sobre derecho procesal administrativo. Universidad Católica Argentina, 1999, en *RAP* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, n° 267, ps. 9/22; "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", en CASSAGNE, J. C. (dir.): *Derecho Procesal Administrativo*. Obra en homenaje a Jesús González Pérez, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Págs. 461-511; "La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas", en *Documentación Administrativa*, n° 269/270, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, págs. 7-27.

el derecho puramente subjetivo u objetivo-subjetivo, a condición de que concurren los requisitos de ilegitimidad y perjuicio o lesión.

D. Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria)

El punto de equilibrio de la legitimación procesal se encuentra en las condiciones que permiten configurar la existencia de la situación que alega una persona para ser parte en un proceso concreto pues, como es obvio, en la medida en que esas condiciones no resulten exigibles para acceder a la justicia, o simplemente no existan como presupuestos de la legitimación, el sistema se transforma en una suerte de justicia objetiva, generalizándose la acción procesal (que es básicamente subjetiva) como una acción pública, que cualquier ciudadano puede interponer invocando la defensa de la legalidad.

El análisis de los textos constitucionales revela que ésta no ha sido la finalidad del constituyente ni existe cláusula alguna que establezca, en forma preceptiva, la acción popular. Tampoco la recoge el art. 43, CN, el cual, al reglar el proceso de amparo, acuerda legitimación procesal al afectado, sin perjuicio de la legitimación extraordinaria que se le reconoce al Defensor del Pueblo y a las organizaciones de usuarios y consumidores.

El andamiaje de la legitimación activa se arma a partir del reconocimiento de un derecho propio, inmediato y concreto del litigante⁴⁴, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema⁴⁵. Es decir que, salvo los supuestos de legitimación anómala⁴⁶ (que más adelante analizamos) el derecho que invoque el litigante activo no puede ser ajeno, mediato ni abstracto sino perteneciente a su círculo de intereses, a su zona vital, como alguna vez ha resuelto la jurisprudencia⁴⁷.

Este primer requisito se completa con un segundo, representado por la exigencia de que se alegue, sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho, con suficiente fuerza de convicción, la configuración de una lesión o perjuicio en cabeza del titular o titulares del derecho.

⁴⁴ Véase GARCÍA PULLÉS, F. R.: *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 556/557, y jurisprudencia allí citada.

⁴⁵ “Zaratiegui, Horacio y otros c/ Estado Nacional s/ nulidad de acto legislativo”, *Fallos*, 311:2580 (1988), cons. 3°; “Lorenzo, Constantino c/ Nación Argentina”, *Fallos*, 307:2384 (1985), cons. 4°, recopilados por Estela B. SACRISTÁN en el artículo cit. en n. 50.

⁴⁶ Supuestos reconocidos en el art. 43 de la CN.

⁴⁷ Véase CNACAF, Sala III, “Schoeder J. c/ EN” del 08/9/94, LL 1994-E, 449.

El tercer elemento de la legitimación activa está constituido por la ilegalidad, o mejor dicho, ilegitimidad de la conducta estatal o pública que se cuestiona en el proceso⁴⁸.

En definitiva, para justificar la legitimación activa ordinaria se requiere la presencia de un derecho propio, inmediato y concreto atado a un “cordón umbilical” representado por una unión o vínculo entre ilegalidad (o ilegitimidad) y perjuicio⁴⁹.

De otra parte, a raíz de la última reforma constitucional (arts. 43 y 120, CN), se admiten una serie de sujetos legitimados que pertenecen a la figura que, en el Derecho Procesal civil, se conoce con el nombre de “legitimación anómala o extraordinaria”⁵⁰ en el sentido de que el ordenamiento reconoce la aptitud de determinados sujetos para ser parte en los procesos judiciales en los que invoquen la defensa de intereses ajenos, como son las organizaciones de usuarios y consumidores⁵¹ (aunque también puedan representar un interés propio y común), el Defensor del Pueblo⁵² y el Ministerio Público⁵³.

En tales casos, para justificar la legitimación anómala es necesario acreditar la configuración del interés ajeno por el que se actúa (con todos sus requisitos como el carácter inmediato y concreto del interés, así como el concreto

⁴⁸ La sistematización de estos requisitos la hemos hecho a la luz del excelente artículo de E. B. SACRISTÁN, titulado “Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, págs. 381 y sigs.

⁴⁹ CNACF, sala V in re “Consumidores Libres Coop. Ltda. c/ Estado Nacional” del 20/10/95, en LL 1995-E, 469 con nuestra nota, CASSAGNE, J. C. “De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo”, LL 1995-E, 469/471.

⁵⁰ PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, T° I, 2° ed. reimp., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 407.

⁵¹ El art. 43, CN, establece que podrán interponer acción de amparo, contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”

⁵² El art. 86, CN, dice que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, al tiempo que el art. 43 CN establece que dicho organismo podrá interponer acción de amparo contra “cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general (...)”.

⁵³ Así, conf. la ley 24.946, art. 25, inc. l), corresponde al Ministerio Público “velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación”, por lo que podría actuar invocando la defensa de dichos derechos.

perjuicio o la específica lesión)⁵⁴ y no la mera ilegalidad o ilegitimidad del obrar administrativo, salvo que el ordenamiento así lo prescriba en aquellos supuestos en que se configure una acción pública, como acontece en el derecho español en materia urbanística y de protección del patrimonio histórico y entre nosotros, en la legislación protectora del medio ambiente⁵⁵.

Pero fuera de tales supuestos y de otros que la Constitución o las leyes consideren que sean dignos de esta clase de protección, los legitimados anómalos no están facultados para promover acciones públicas y deben acreditar la legitimación que invocan para ser parte en un proceso concreto, en una causa o controversia, como lo requiere el art. 116, CN, cuando determina la competencia de la justicia federal.

De lo contrario, se introduce un elemento de bloqueo en el sistema de separación de poderes⁵⁶ susceptible de entorpecer o impedir la acción de los restantes poderes ejecutivo y legislativo dentro del cauce de la armonía constitucional, con la consiguiente “judicialización” de la política que los gobiernos realizan, especialmente en el campo de los servicios públicos.

E. Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional

La Constitución reformada de 1994 consagra, como una novedad de nuestro ordenamiento jurídico, la figura del amparo judicial de los llamados derechos de incidencia colectiva (art. 43, CN).

La fórmula constitucional abarca tanto a los titulares de derechos subjetivos (v.gr., la persona que sufre un daño ambiental concreto y determinado) como a los derechos subjetivos no patrimoniales⁵⁷ o bien, a los derechos de incidencia colectiva aunque variando el reconocimiento de la legitimación en cada caso.

⁵⁴ En este sentido, y en punto a la legitimación, véase el trabajo de ROCHA PEREYRA, G.: “La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo”, *EDA* 2004, págs. 404-425, esp. ps. 418/420.

⁵⁵ Ley 25.675, art. 30 *in fine*.

⁵⁶ Véase BARRA, R. C.: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la separación de poderes”, en *LL* 1993-E, ps. 796/805, esp. 800; BARRA, R. C.: “La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional”, en CASSAGNE, J. C. (dir.): *Derecho Procesal Administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 543-635. En las mismas aguas se ubica la doctrina norteamericana emanada de un actual juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: SCALIA, A.: “The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers”, en *Suffolk Law Review*, 1983, vol. 17, págs. 881 y sigs.

⁵⁷ En el caso “Schroder, Juan c/Estado Nacional (Sec. de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/amparo”, *LL*, 1994-E, 449, se ha interpretado que la legitimación que reconoce el artículo 43 se configura cuando se lesiona el denominado “ámbito o círculo vital” de las personas, el que “viene determinado por una relación de proximidad física esto es, por una vinculación derivada de la localización especial y no de la pertenencia a una jurisdicción política” (GAMBIER, B. y LAGO, D.: *Cont.*

Cuando se trata de la violación de un derecho subjetivo (incluso del llamado interés legítimo), la calidad para promover el proceso corresponde al “afectado” (art. 43, 2ª parte, CN) que es la persona que sufre, concretamente, la lesión o amenaza de perjuicio la cual, a su vez, precisa acreditar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo (art. 43, 1ª parte, CN).

En cambio, y en ello radica la principal innovación constitucional, la protección de los derechos de incidencia colectiva se opera a través de una ampliación de la base de legitimación a favor de personas que no se encuentran personalmente afectadas por el acto lesivo como el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de esa clase de derechos (de incidencia colectiva)⁵⁸ lo que no implica consagrar una acción estrictamente objetiva, ya que, en todos los supuestos, se tendrá que acreditar tanto la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas como la lesión o amenaza de lesión a esos derechos concretos de las personas, en el marco de un caso o controversia a fin de evitar que se pueda incurrir, en determinados casos, en situaciones afines al sistema corporativista, opuesto al modelo del Estado de Derecho republicano, representativo y democrático, diseñado por la Constitución⁵⁹.

IV. La tutela de la legalidad y la acción pública

La tutela de la legalidad ha pasado por distintas fases en la evolución de los mecanismos procesales de protección en el derecho comparado. El sistema más clásico arranca en el derecho francés con el recurso por exceso de poder que exigía, como un requisito de seriedad para su apertura, la configuración de un interés personal y directo, lo que condujo a discusiones interminables acerca del carácter objetivo o subjetivo de este tipo de proceso contencioso-administrativo. Entre los antecedentes que pueden mencionarse, no sin olvidar el ridículo proceso sin partes que promovió el nazismo, cabe mencionar el proceso de impugnación judicial de reglamentos del derecho español e incluso nuestro inorgánico régimen previsto en el art. 24 de la LNPA hasta los procesos de amparo en Latinoamérica que son los que encarnaron con mayor eficacia y amplitud la defensa de la legalidad y el cuestionamiento de la arbitrariedad, sobre todo de la Administración Pública.

Como consecuencia de las nuevas ideas acerca de la trasposición de una democracia representativa a una de tipo participativo o semi-directa⁶⁰, se confió

“El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, en CASSAGNE, J. C. (dir.): *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 1-19).

⁵⁸ Véanse notas 53 y 54, *supra*.

⁵⁹ Como señala TAWIL, G. S.: *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, Pág. 81.

⁶⁰ Lo cual si bien resulta contrario al sistema representativo puro de nuestra forma de gobierno, nada menos que en el artículo primero de la Constitución, no se puede desconocer que la reforma
Cont.

la tutela genérica de la legalidad a ciertos órganos independientes ya sea que pertenezcan al Estado *lato sensu* (vg. Defensor del Pueblo) o bien, que sean ajenos al mismo cuando, por ejemplo, tengan por objeto la defensa de intereses públicos generales o sectoriales (v.g. organismos no gubernamentales).

En el sistema representativo que instauró la Constitución de 1853 la tutela de la legalidad, en el ámbito administrativo, correspondía, en principio, al Estado a través de diversos órganos (v.g. Procurador del Tesoro o al Ministerio Público, en materia penal).

La reforma constitucional de 1994 y el ordenamiento legislativo han ampliado la tutela de la legalidad en dos sentidos: a) con el reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo para promover acciones de amparo conforme al art. 43 CN y b) a través de la recepción en nuestro ordenamiento de la figura de la acción pública en materia de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, que consagra el art. 30 *in fine* de la ley 25.675⁶¹.

La diferencia entre la acción popular o acción pública (como se denomina en España a la existente en materia urbanística) y los procesos colectivos es que la figura del legitimado prácticamente no existe (al no haber una especial relación entre el sujeto procesal y el objeto del proceso) pues la acción la puede deducir cualquier persona en el mero interés de la ley. A nuestro juicio, la acción de cese de actividades nocivas al medio ambiente configura un claro supuesto de acción popular.

Este tipo de acciones se inscriben en un escenario favorable a la socialización de los mecanismos de derecho procesal y, consecuentemente, de la defensa de derechos colectivos⁶², que si bien puede resultar, en ciertos casos, una herramienta para tutelar situaciones jurídicas dignas de esta clase de protección, puede conducir, no obstante las buenas intenciones de quienes lo predicán, a una litigiosidad mayúscula, que obture la marcha de los procesos judiciales ordinarios y aún extraordinarios, ya que los jueces no podrán dar abasto a las demandas tendientes a satisfacer las pretensiones generalizadas de los ciudadanos. Pero lo más preocupante sea, quizás, el hecho de que la utilización de esta clase de acciones supone una mínima cultura jurídica del pueblo y sobre todo, que los niveles de corrupción sean bajos para evitar que estas acciones sean utilizadas por abogados sin escrúpulos que, mediante constitucional de 1994 introduce muchas instituciones y principios que se fundan en la democracia participativa y no representativa.

⁶¹ MORELLO, A. M. y SBDAR, C. B.: *Acción popular y procesos colectivos*, Lajouane, Buenos Aires, 2007, págs. 129 y sigs.

⁶² Vid: MORELLO, A. M.: "Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado proceso civil. Su importancia", en AAVV: *La legitimación*, obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio, coordinada por el autor, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 67.

demandas sin fundamento, logren que se rechace o acepten pretensiones que transformen la ilegalidad en legalidad, mediante la aplicación de la cosa juzgada *erga omnes*, como lamentablemente ha ocurrido en nuestro país.

Precisamente, el peligro que podría generar una extensión desmesurada del instrumento procesal de la acción popular radica en que los legitimados pasivos también se han ampliado como consecuencia de la atracción que ejerce, ya sea por la ley o la jurisprudencia, el fuero contencioso administrativo federal o provincial con respecto a las causas en que son parte empresas privadas prestadoras de servicios públicos, lo cual, en el escenario actual, podría generar todo tipo de abusos y batallas judiciales interminables. Esto no es óbice a que, bien reglamentadas y circunscriptas, puedan servir, como cualquier proceso colectivo, al interés general y a la realización de los derechos fundamentales de la persona humana. Desde luego, que las atendibles finalidades sociales que persiguen tanto las acciones populares como los procesos colectivos en general, no debieran funcionar como instrumentos de aniquilación de los derechos individuales (o derechos de primera generación) ni de la seguridad jurídica basada en los postulados del Estado de Derecho, en el que la justicia debe ser la principal garante del equilibrio y armonía social.

Como se ha dicho con acierto, “las anheladas reformas de nuestros sistemas de justicia –que obviamente comprende al crucial tema de la legitimación– dependen, en grado prevalente, de la adecuada preparación y aprovechamiento de los recursos humanos y la consecuente promoción de los cambios culturales necesarios para instalar las transformaciones”⁶³.

V. El amparo en el caso “*halabi*” y los requisitos de la acción colectiva

A. Síntesis del caso

Con fecha 24 de Febrero de 2009 la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en un juicio de amparo promovido por el abogado Ernesto C. Halabi contra el Poder Ejecutivo Nacional, en el que demandó la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, por considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara “en qué casos y con qué justificativos”, ello podría llevarse a cabo. Al respecto, el actor sostuvo que esa intromisión constituía una violación de sus derechos

⁶³ BERIZONCE, R. O.: “La legitimación, los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal, en AAVV: *La legitimación*, obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio, cit., págs. 522-523.

a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscababa el privilegio de confidencialidad a que, como abogado, tenía derecho en las comunicaciones con sus clientes.

B. Cuestiones previas a dilucidar

En primer lugar, el Alto Tribunal plantea que para dilucidar el caso resulta necesario determinar cuatro cuestiones básicas: 1) cuál es la naturaleza jurídica del derecho que se pretendió amparar mediante la acción deducida; 2) quienes son los sujetos habilitados para articularla; 3) bajo que condiciones puede resultar admisible; y 4) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que se dicte.

C. Las tres categorías de derechos protegidos por la acción de amparo

Con criterio didáctico, el fallo describe tres categorías de derechos⁶⁴, a saber: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o comunes y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos⁶⁵.

Los derechos individuales, aparte de las acciones procesales ordinarias, se hallan protegidos por la acción de amparo a que hace referencia la primera parte del artículo 43 de la C.N.⁶⁶. Esta acción que —como bien dice la Corte— es la tradicional acción de amparo instituida por vía pretoriana a partir de los precedentes “Siri” y “Kot”⁶⁷ la cual esta destinada a la protección de derechos divisibles, no homogéneos caracterizándose por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados⁶⁸.

A su vez, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos son ejercidos, continúa diciendo la Corte, “por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado”. Los bienes que se protegen por esta acción que deriva del art. 43 de la C.N., no pueden ser objeto de apropiación individual en cuanto por pertenecer a toda la comunidad son indivisibles⁶⁹.

⁶⁴ Categorías que sostuvimos en: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2009, Cap. Tercero, punto 5.

⁶⁵ Considerando 9º.

⁶⁶ Considerando 10º.

⁶⁷ Fallos 239:459 y 241: 291, respectivamente.

⁶⁸ En este considerando 10º la Corte utiliza el concepto de daño en sentido amplio, comprensivo de toda lesión a un derecho constitucional, aún cuando no sea de contenido patrimonial.

⁶⁹ Véase: SANTOFIMIO GAMBOA, J. O.: “Principios del derecho Urbanístico Colombiano” en la obra colectiva *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano*, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Junta de Castilla y León, ed. Netbiblo, La Coruña, Cont.

Interesa puntualizar que la Corte sostiene que para probar si se configura una causa o controversia que abra la tutela judicial debe acreditarse la lesión a un bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionario o de quienes éste representa⁷⁰.

La tercera categoría de derechos tutelados por la acción de amparo (art. 43, segundo párrafo de la C.N.) es la de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como “el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados”⁷¹. En este supuesto, no hay un bien colectivo sino derechos individuales divisibles, no obstante existir “un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos” siendo, por tanto, identificable una causa fáctica homogénea o normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que respecta a la prueba del daño (que concierne a cada sujeto individualmente considerado).

1. Procedencia del proceso colectivo aún sin regulación legal específica

Ante la falta de regulación legal específica de esta clase de acciones, –siguiendo la idea básica de su jurisprudencia tradicional– la Corte sostiene que dicha carencia no es óbice para impedir el acceso a la justicia, toda vez que los derechos que se protegen con la acción de amparo poseen fundamento constitucional y se gozan y ejercen con independencia de las leyes reglamentarias⁷².

Se trata, en definitiva, de una creación pretoriana que, si bien se inscribe en la línea de las acciones de clase del derecho norteamericano, no implica la adopción ciega ni automática de sus reglas procesales que por cierto resultan bastante complejas y, en ciertos casos, de difícil adaptación a la realidad vernácula⁷³.

2008, pág. 208, sostiene que estos derechos que en Colombia se denominan difusos o colectivos “se proyectan en forma unitaria a toda la colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas”.

⁷⁰ Considerando 11.

⁷¹ Considerando 12.

⁷² Considerando 12, párrafo 4º.

⁷³ Véase BIANCHI, A. B.: *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Abaco, Buenos Aires, 2001, págs. 43 y sigs, especialmente las conclusiones que expone en págs. 105-109.

D. Elementos que abonan la procedencia de una acción tendiente a proteger derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos

La determinación de los elementos para la procedencia de una acción colectiva revela, como suele suceder con las definiciones, una combinación de certezas y penumbras. La Corte, con buen criterio, quizás sobre la base de suponer que no hay todavía un cauce definitivo para determinar la procedencia de esta clase de acciones colectivas, se ha animado a fijar tres pautas o conceptos definitorios. El primer elemento, se traduce en la verificación de una causa fáctica y normativa común consistente en un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales⁷⁴.

El segundo elemento, requiere que la pretensión procesal se concentre en los efectos comunes y no en los que cada persona puede peticionar en forma individual. De ese modo, la configuración de la causa o controversia que habilita la jurisdicción judicial “no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”⁷⁵.

Por último, aparece una exigencia de mayor amplitud interpretativa, en cuanto predica que la acción procederá siempre que “el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia”⁷⁶. En este punto, el fallo de la Corte precisa que de todos modos la acción resultará procedente en aquellos supuestos en que prevalecen aspectos que revelan la presencia de un fuerte interés estatal en la protección, como los que se refieren a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o que se encuentran débilmente protegidos (como los discapacitados, por ejemplo). La pauta para ello se encuentra en los artículos 41, 42 y 43 segundo párrafo de la C.N.⁷⁷.

E. Una mayor rigurosidad de los recaudos en el futuro

La circunstancia de ser ésta la primera oportunidad en que la Corte procede a delinear los caracteres de la acción colectiva (de protección de intereses individuales homogéneos) junto a la ausencia de reglamentación, la llevan a señalar que en el futuro se exigirán recaudos más rigurosos, para lo cual establece “obiter dictum”, dos pautas de gran trascendencia tanto procesal

⁷⁴ Considerando 13, párrafo segundo.

⁷⁵ Considerando 13, párrafo tercero.

⁷⁶ Considerando 13, párrafo cuarto.

⁷⁷ Considerando 13, in fine.

como institucional. La primera, se refiere a la adecuada representación de los intereses individuales homogéneos que habrá que exigir para fundamentar la procedencia de esta clase de proceso colectivo. En segundo lugar, el reconocimiento de la potestad de los jueces para que “arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados”⁷⁸.

La Corte insiste, más adelante, en la necesidad de resguardar el derecho de la defensa en juicio “de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar”⁷⁹. En tal sentido, el Alto Tribunal considera que para la admisión formal de toda acción colectiva se requiere la verificación de los siguientes recaudos: a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; c) la existencia de un planteo que involucra, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo colectivo y d) que se arbitre un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el pleito, de modo que puedan optar por comparecer como parte o contra parte.

F. Los efectos *erga omnes* de la sentencia

Para fundamentar los efectos “*erga omnes*” de la sentencia la Corte utiliza un argumento lógico y otro jurídico. Ambos tienen sólido sustento pues mientras es razonable que dicho efecto resulta “inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger” también puede colegirse que dicho principio reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional (aunque en forma implícita) y que, por otra parte, se trata de una institución ya reconocida en el ordenamiento vigente (vgr. art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 y art. 33, *in fine*, de la ley 25.675).

VI. Conclusiones

Lo expuesto refleja tan sólo una parte de los problemas que se plantean en el ámbito del proceso administrativo, quizás los de mayor trascendencia para la seguridad jurídica y el equilibrio entre los tres poderes esenciales del Estado Federal. Quedan pues, fuera de este panorama, otras perspectivas del derecho procesal administrativo que revisten interés práctico y doctrinario para la defensa de los derechos de las personas.

⁷⁸ Considerando 15.

⁷⁹ Considerando 20.

En tal sentido, una visión que se proyecta sobre el proceso administrativo tendrá que encarar, necesariamente, la solución de nuevos y antiguos problemas. Entre los primeros se encuentra el relativo al reconocimiento de una jurisdicción administrativa⁸⁰ que algunas leyes asignan a los entes reguladores, la instrumentación de acciones colectivas o de clase⁸¹ y de requisitos que aseguren una auténtica representatividad por parte de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores excluyendo toda injerencia política en ellas y la práctica de otorgar medidas cautelares bajo la sola caución juratoria, es decir sin responsabilidad material alguna para el titular de la pretensión que obtiene una medida sin derecho que más tarde resulta revocada o levantada, por ejemplo, por el efecto de una sentencia adversa.

A su vez, en este grupo de nuevos temas a resolver en el futuro se encuentran los problemas que plantea el acceso a la jurisdicción en los derechos de incidencia colectiva, cuando sólo es parte el Defensor del Pueblo y no existe causa en el sentido constitucional sino un mero interés de defensa de la legalidad.

Por lo demás, la cuestión del control de la actividad discrecional ha sido ya resuelta en el derecho argentino y la tesis de la exención de su control judicial ya no tiene acogida en el campo del proceso administrativo, siendo posible, cuanto menos, ejercer un control del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración por irrazonabilidad o arbitrariedad⁸².

En cuanto a los antiguos problemas permanecen sin resolverse legislativamente, en el orden nacional, las cuestiones relacionadas con el carácter revisor de la jurisdicción administrativa y la subsistencia de los breves plazos de caducidad para demandar al Estado, en los casos de nulidad absoluta⁸³ como en las acciones de daños y perjuicios. En tales casos, así como en lo concerniente a la regulación del agotamiento de la instancia administrativa como requisito previo y obligatorio para acudir a la justicia cuando se impugnan actos administrativos, al igual que en materia del reclamo administrativo previo se impone la interpretación y consecuente adaptación de las normas vigentes,

⁸⁰ Cabe recordar que BOSCH sostuvo que en la realidad de nuestro sistema procesal administrativo se substituyó un judicialismo rígido por un judicialismo atenuado (op. cit., pág. 104). Al respecto, pueden verse dos valiosos trabajos: COVIELLO, P. J. J.: *¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento* y BIANCHI, A. B.: *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, homenaje a Jesús González Pérez sobre el Derecho Procesal Administrativo, Tº I, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, (págs. 183 y 241 respectivamente).

⁸¹ GARCÍA PULLÉS, F. R.: *Acumulación de procesos o procesos de clase*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, págs. 79 y sigs.

⁸² FERNÁNDEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, especialmente págs. 81 y sigs., ed. Civitas, Madrid, 1994.

⁸³ Un buen análisis de esta problemática ha efectuado TAWIL, G. S. en el libro *Administración y Justicia*, Tº I, págs. 154 y sigs. y Tº II, págs. 170 y sigs., ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

al principio de la tutela judicial efectiva que, como se ha visto, posee superior jerarquía constitucional.

A una conclusión semejante corresponde arribar en punto a la denuncia de ilegitimidad, cuya desestimación en sede administrativa debe ser admitida plenamente en sede judicial, sin cortapisas formales⁸⁴.

De otra parte, seguimos pensando que aún cuando se encuentra abierta la legitimación para ser parte en los procesos administrativos, las categorías del derecho subjetivo y del interés legítimo, en las acciones individuales, seguirán siendo útiles para medir los diferentes grados de responsabilidad estatal, que será de mayor magnitud económica cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho subjetivo y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada a través de una pretensión de condena pecuniaria que en aquellos supuestos en que la demanda tiene por objeto una pretensión de nulidad. Ello no significa que la violación de un interés legítimo no resulta indemnizable sino una limitación del alcance de la reparación ya que los criterios para determinarla no son similares en mérito a la diferencia que hay entre la protección sustantiva reservada al derecho subjetivo y la adjetiva o reaccional, circunscripta al interés legítimo.

Sabemos, por cierto, lo difícil que resulta remar contra las modas doctrinarias de turno pero, como ocurre siempre, las modas pasan y las categorías quedan, bien que muchas veces a través de formulaciones revestidas de un ropaje distinto o el uso inconsciente que de ellas muchos continúan haciendo, pese a sostener que no existen.

Desde luego que para ello se requerirá el dictado de una legislación que equilibre la protección de los derechos e intereses, con fórmulas justas y razonables que incluyan criterios tasados para determinar la responsabilidad objetiva y directa, que la Corte ha reconocido de cara a la ocurrencia de las llamadas faltas de servicio.

Finalmente y no menos importante para la realización efectiva de la tutela jurisdiccional de los particulares queda toda la problemática referente a la ejecución de las sentencias contra el Estado⁸⁵ cuya actual legislación ha implicado un retroceso en relación a la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema a partir del caso “Pietranera”, dejando sin solucionar adecuadamente, la reparación de la lesión que plantea el hecho de que la Administración

⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ, A. M.: “La denuncia de ilegitimidad y el acceso a la vía judicial”, en *Estudios de Derecho Público*, págs. 131 y sigs., ed. Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 2000.

⁸⁵ Sobre el tema puede consultarse el lúcido trabajo de ABERASTURY, P.: *Ejecución de sentencias contra el Estado*, con prólogo de uno de los grandes juristas como es J. A. SÁENZ, págs. 25 y sigs., Buenos Aires, 2001.

muchas veces no cumple con el deber de incluir los créditos emergentes de una condena pecuniaria en el presupuesto correspondiente, situación que los jueces vienen resolviendo a favor de la ejecución inmediata de la sentencia.

Es probable que algunos de los problemas planteados sólo puedan solucionarse definitivamente a la luz de otra reforma constitucional pero creemos que la mayor parte de ellos pueden encontrar remedio a través de la legislación que dicte el Congreso Nacional, reforzando la justicia básicamente subjetiva como eje del sistema procesal administrativo, sin caer en las tentaciones populistas que propugnan la generalización de las acciones populares pero afirmando, al propio tiempo, el principio de la tutela judicial efectiva con el máximo rigor posible⁸⁶.

El establecimiento de los requisitos sustanciales y procedimentales para la procedencia y trámite de las acciones colectivas (ya sea por ley o en forma pretoriana por la jurisprudencia) junto a la institución de tribunales arbitrales como en el Perú⁸⁷, para resolver las controversias que se suscitan entre los particulares y el Estado en la faz de ejecución de los contratos, son quizás dos instrumentos eficaces que pueden contribuir a la realización de la justicia⁸⁸.

En este sentido y contrariamente a lo sostenido por un sector de la doctrina⁸⁹ reiteramos una vez más nuestra opinión favorable a la sanción de un Código o Ley de la jurisdicción administrativa que encauce de una manera orgánica y sistemática los mecanismos que tienden a la realización de la efectiva tutela

⁸⁶ PERRINO, P. E. y TRIBIÑO, C. R. sostienen que, en el orden federal, a diferencia de la Provincia de Buenos Aires, tanto la regulación del fuero como las normas sobre la materia contencioso-administrativa pertenecen al resorte del legislativo (Cfr. *La justicia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires*, pág. 5, ed. Depalma, Buenos Aires, 1995).

⁸⁷ DANOS ORDOÑEZ, J.: “*El régimen de los contratos estatales en el Perú*”, en el libro *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, ed. Palestra, Lima, 2007, pág. 97.

⁸⁸ DANOS ORDOÑEZ, J., op. cit. P. 97 apunta que “*la experiencia ha demostrado que la resolución de las controversias contractuales a la vía arbitral que realiza la LCAE potencia los elementos privados de los respectivos contratos*”.

⁸⁹ MAIRAL, H. A., *Control judicial...cit.*, T° I, págs. 106-107, quien señala que ello constituiría una europeización de nuestro derecho administrativo. Sin perjuicio de que la influencia de los derechos europeos, particularmente del español en los últimos cincuenta años, constituye una realidad de nuestro derecho procesal administrativo, aún frente a la inexistencia de un Código o Ley general de la jurisdicción administrativa, el vaticinio formulado hace veinte años por este autor, en el sentido de que ello provocará una disminución de los poderes de los jueces frente a la Administración, lejos de cumplirse, resulta contradicho por la evolución operada en la jurisprudencia. En efecto, hay muchos que piensan que estamos ante la situación definida como gobierno de los jueces, superior al existente en el derecho norteamericano. Sobre el gobierno de los jueces en dicho derecho puede verse el clásico trabajo de Alberto M. JUSTO, en LL T° 7, pág. 1, sección doctrina que contiene los puntos de vista expuestos por el Profesor Jacques Lambert en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1937.

judicial, evitando la judicialización de la política y respetando el principio de la separación de los poderes que constituye la médula del Estado de Derecho y de las libertades de los ciudadanos. Porque el derecho público, caracterizado por continuas mutaciones, sólo tiene sentido en la medida que contribuya a asegurar las libertades reales de la gente⁹⁰.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J.: "Las reformas administrativas en los últimos años", en el libro *El derecho Administrativo Contemporáneo*, cit. págs. 809-810.

LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS POR LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Alejandro Pérez Hualde

“Vivimos en un tiempo de participación quizás más como postulado que como realidad”¹.

I. Introducción²

La participación pública en los procedimientos administrativos en general es una de las preocupaciones de las repúblicas democráticas, porque es un instrumento magnífico para asegurar los niveles de consenso de las decisiones, el control efectivo de sus contenidos y el protagonismo de los sectores públicos no estatales sobre todo en la elaboración de las normas de carácter general que rigen diversos terrenos de la actividad económica. La doctrina ha destacado cómo “los *intereses legítimos participativos* son los intereses legítimos del futuro, típicos de una sociedad en estadio aun más avanzado, en el cual los ciudadanos no se limitan, pasivamente, a absorber servicios, pues son también insertos activamente en los circuitos decisionales de la administración”³.

Si sumamos a lo expuesto la fenomenal tecnología que permite el acceso rápido y eficiente, sobre todo a través de Internet, a los sitios donde se exhibe ampliamente el accionar de los distintos poderes del Estado, nos encontramos con que sólo una voluntad adversa a la participación pública puede explicar la ausencia de canales de vinculación que permitan el acceso y la comunicación directa del interesado con el quehacer estatal.

¹ RODRÍGUEZ-ARANA, J.: “El Derecho Administrativo en el siglo XXI: nuevas perspectivas”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 31, 2007, pág. 230.

² Hemos tomado como base para este ensayo nuestra ponencia “Elaboración participativa de normas: mecanismo de control”, expuesta en las Jornadas Organizadas por la Universidad Austral (Facultad de Derecho) sobre *Cuestiones de procedimiento administrativo*, mayo de 2005, publicada en Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 577.

³ VIRGA, G.: *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 8; el subrayado es del autor, quien distingue tres grados sucesivos históricos de intereses legítimos: los intereses legítimos “opositivos”, propios del pasado, los “pretensivos”, típicos del estado liberal moderno, y los “participativos”.

Es evidente que la participación está estrechamente vinculada con la información amplia de la actividad de la administración sin la cual toda participación es ilusoria. Y es, precisamente, a esa apertura de la información a la que se resisten sectores apegados a antiguas prácticas que consideran a la posesión y a la manipulación –cuando no al ocultamiento– de la información como una fuente de poder.

Resulta innegable que la información amplia y la participación constituyen canales que también aseguran un importante nivel de control por parte de la ciudadanía sobre la acción de la administración pública; y es a esto a lo que las viejas estructuras se resisten denodadamente. A. VÍTOLO nos recuerda que “el control del poder se constituye en un elemento indispensable del concepto de constitución ya que solo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de constitución puede ser entendida ésta como norma”⁴.

MARCELO CLARICH, desde la doctrina italiana, nos pone de manifiesto cómo se presentan tres categorías en la implicancia de los sectores privados con la actividad de regulación: la autorregulación auditada, la regulación negociada y la participación en la elaboración de la regulación pública⁵. Hoy sabemos del fracaso de la autorregulación, precisamente por no haber sido factible auditarla⁶, y de la imposibilidad de una negociación que se imponga sobre los intereses públicos si no está claramente sometida a pautas y valores no negociables que le sirvan de marco y contención. Corresponde, entonces, en estos tiempos de crisis de las dos primeras, una profundización adecuada de la tercera de las categorías mencionadas.

Hace tiempo que el control institucional y constitucional en nuestro ordenamiento jurídico enfrenta una verdadera crisis. Todavía existen reductos donde impera el secreto⁷, como ocurre en algunos procedimientos de renegociación de contratos públicos –el caso de aeropuertos–, o situaciones donde el organismo de control se encuentra bajo la tutela administrativa y

⁴ VÍTOLO, A. M.: “La crisis del sistema constitucional de control del poder”, en *Derecho Administrativo*, 2004, año 16, Lexis Nexis, pág. 36; el autor cita a ARAGÓN, M.: *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 12.

⁵ CLARICH, M.: “I procedimenti di regolazione”, en *Quaderni del Consiglio di Stato, Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli Editore, Torino, 1999, pág. 16.

⁶ Ver nuestro “La crisis mundial y el derecho público (el estado, otra vez, protagonista)”, en *Suplemento de Derecho Administrativo de revista La Ley*, Dir. A. GORDILLO, jueves 7 de mayo de 2009, Buenos Aires, pág. 1; también en www.federalismi.it, *Revista telemática del “Osservatorio sul federalismo e i processi di governo”*, Roma, 20 de mayo de 2009.

⁷ Ver Res. 317/2002 del Ministerio de Economía de la Nación; también nuestro ensayo “Renegociación de concesiones de servicios públicos. Transparencia en peligro”, en *Revista de Derecho Público, Emergencia económica*, n° 2-2002, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, págs. 131 y sigs.

sometido al poder de designación y remoción del mismo sujeto controlado –como es el caso de los entes reguladores de los servicios públicos. También es cierto que se ha procurado incrementar la cantidad de resortes tendientes a obtener una recuperación del control que permita la expansión normativa de nuestra constitución.

Y es en este contexto donde la participación pública en la actividad de elaboración de reglamentos y de normas generales por parte de los organismos de regulación de los servicios públicos, que en nuestro caso son los entes reguladores, adquiere especial relevancia.

II. La participación pública

El soporte jurídico formal de la participación pública en la actividad administrativa tiene en la Argentina sólida base constitucional y legal.

A. Base constitucional

La presencia de mecanismos de participación amplia en la elaboración de las normas de efectos generales ha sido considerada implícita en la Constitución argentina por la doctrina desde hace ya tiempo⁸ y se encuentra exigida como obligación de los Estados por norma supranacionales que nos obligan expresamente (art. 75 inc. 22 CN).

Tales son el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23.1) que dice que “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”; y, en términos muy parecidos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21.1), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 25), y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX)⁹.

La participación específica en los organismos de control de los servicios públicos ha sido establecida expresamente por el art. 42 CN cuando prevé la “necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁸ GORDILLO, A. A.: *La administración paralela*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, pág. 32.

⁹ GORDILLO, A. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 4° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, pág. XI-4.

B. Soporte legal

El Dec. 1172/2003 del Gobierno de la Nación aprueba el “Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas” (Anexo V), en cuyo art. 3° se expresa con claridad que “la Elaboración Participativa de Normas constituye un mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación”.

Del mismo anexo es conveniente compulsar su art. 4 donde expresa que “La finalidad de la Elaboración Participativa de Normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley para ser presentados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación”.

La norma nacional expone entre sus fundamentos “que la Constitución Nacional garantiza el principio de publicidad de los actos de Gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través del art. 1°, de los arts. 33, 41, 42, y concordantes del Capítulo Segundo –que establece nuevos Derechos y Garantías– y del art. 75 inc. 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales”; y “que para lograr el saneamiento de las Instituciones debe darse un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración”.

Este mecanismo de participación en general establecido por el Dec. 1172/2003 ya registraba como antecedentes legislativos nacionales el art. 107 del Dec. 1759/72, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos –derogado luego por el Dec. 1883/91–, y el art. 8° del Dec. 1023/2001, Reglamento de Contrataciones del Estado Nacional, donde se propone que “Cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación”.

En materia de servicios públicos, concretamente, las leyes 24.065 y 24.076, que contienen los marcos regulatorios de los servicios públicos de provisión de electricidad y de gas natural, imponen la audiencia pública como necesaria en la elaboración de la actividad reglamentaria de los entes reguladores respectivos creados por esos instrumentos normativos. El art. 73 del marco regulatorio

eléctrico ordena que “cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia, el ente considerase que cualquier acto de un generador, transportista, distribuidor o usuario es violatorio de la presente ley, de su reglamentación, de las resoluciones dictadas por el ente o de un contrato de concesión, el ente notificará de ello a todas las partes interesadas y convocará a una audiencia pública, estando facultado para, previo a resolver sobre la existencia de dicha violación, disponer, según el acto de que se trate, todas aquellas medidas de índole preventivo que fueran necesarias”, mientras que el art. 74 establece que “el ente convocará a las partes y realizará una audiencia pública, antes de dictar resolución en las siguientes materias: a) la conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios de transporte y distribución de electricidad; b) las conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado”.

El decreto reglamentario del marco regulador del gas (1.738/92) establece en su Anexo I, arts. 65 a 70, inc. 10): “La sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito. Excepcionalmente podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique”.

En este orden, destaca BOULLAUDE¹⁰ que “por haber soslayado el ente regulador el procedimiento de participación previa requerido en oportunidad de dictarse la Resolución ENARGAS N° 2247/01 (mediante la cual se había modificado el procedimiento de atención de reclamos aprobado por Resolución ENARGAS N° 124/95), se produjo su declaración judicial de nulidad¹¹. Luego de lo cual mediante Resolución ENARGAS N° 2973 del 29/03/04 el ente regulador sometió el reglamento anulado al procedimiento de elaboración participativa aquí comentado, invitando a la ciudadanía a expresar sus opiniones y propuestas”.

Finalmente, el anexo VIII prevé el “Reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos”, donde se ha establecido que “las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos constituyen una instancia de participación en la cual el Órgano de Dirección habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones” (art. 3º) y que “la finalidad de las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos es permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios” (art. 4º).

¹⁰ BOULLAUDE, G.: “El Decreto 1172/03 y los servicios públicos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 51, Lexis Nexis, 2005, págs. 133-141.

Finalmente, cabe mencionar que la doctrina había ya recomendado la participación de los concesionarios en la elaboración de las tarifas de los servicios públicos. El despacho aprobado en la “4ta. Conferencia Nacional de Abogados de Tucumán”¹² dice: “la tarifa no tiene carácter contractual, es un acto reglamentario de la administración pública sobre el precio del servicio para el usuario”... “la tarifa puede ser modificada en todo momento, sobre las bases determinadas en la concesión. La intervención del concesionario en la fijación de la nueva tarifa es necesaria. La decisión administrativa que fijare la tarifa sin la intervención del concesionario, sería jurídicamente nula”¹³.

C. La opinión de la doctrina y de alguna legislación extranjera

La doctrina en general ha entendido que estos procedimientos contribuyen a “1) la posibilidad de mejorar sensiblemente la calidad de las normas, 2) la mayor protección de los intereses particulares potencialmente afectados, 3) otorgar una mayor legitimación ‘democrática’ y facilitar la aplicación de las normas”¹⁴. En igual sentido se ha pronunciado doctrina y jurisprudencia extranjeras¹⁵.

J.R. COMADIRA ha entendido que estamos frente a un mecanismo de “participación procedimental no defensiva de otorgamiento discrecional”¹⁶. Considera que se trata de una participación “procedimental” porque se produce sin integrar al partícipe orgánicamente a la Administración, “no defensiva” porque no tiene por finalidad la defensa de algún derecho sino la de opinar y colaborar; y “de otorgamiento discrecional” porque se deja en la manos de la autoridad administrativa la iniciativa y posibilidad real de que se produzca efectivamente esa participación.

¹¹ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, expte. 29034/01 “Distribuidora de Gas del Centro S.A. c/Resolución 2247/01 ENARGAS”, del 30/10/03.

¹² Celebradas el 15 de julio de 1936.

¹³ Jurisprudencia Argentina, t. 61, pág. 307.

¹⁴ BRUNO DOS SANTOS, M. A., FERNÁNDEZ LAMEL, P. M. y LÓPEZ OLVERA, M. A.: “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional”, Comentarios al Derecho, 1.172/2003, en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, Circular Letter n° 37 del 9-12-2004.

¹⁵ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 9; y también pueden compulsarse los antecedentes detallados por SACRISTÁN, E. B.: “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 30/31, Depalma, enero-agosto, Buenos Aires, 1999, pág. 169.

¹⁶ COMADIRA, J. R.: “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas)”, en revista *El Derecho*, 29-04-2005, pág. 1.

Por su parte, la legislación italiana en materia de procedimiento administrativo, n. 241 del 7 de agosto de 1990, posee el capítulo III dedicado a regular la participación en el procedimiento administrativo; pero su art. 13 aclara expresamente que “las disposiciones contenidas en el presente capítulo no se aplican ante la actividad de la administración pública dirigida a la emanación de actos normativos, administrativos generales, de planificación y de programación, para los cuales permanecen invariables las normas particulares que regulan su formación”. Esto constituye, para la doctrina, una excepción al sistema general de participación¹⁷ pasible –a su vez– de ser moderada en el caso de sectores de grandes operadores –como el servicio público–¹⁸; sistema general que encuentra su fundamento en el sistema democrático¹⁹.

Así lo expresa la jurisprudencia de Italia que ha sostenido que la participación de los sujetos regulados “constituye un mecanismo de democracia sustitutivo respecto de aquel fundado sobre la representación popular”²⁰; y también ha dicho que “la democraticidad de la autoridad administrativa independiente consiste en el contradictorio completo y exhaustivo con los interesados en la emisión de una providencia”; esto ha llevado a que algunos reglamentos de autoridades para la energía eléctrica y el gas hayan previsto mecanismos de participación en la elaboración de sus actos reglamentarios o de contenido general²¹.

II. Los entes reguladores

El art. 42 fue introducido por la Reforma Constitucional de 1994 y su texto dice:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos,

¹⁷ CARANTA, R. y FERRARIS, L.: “La partecipazione al procedimento amministrativo”, en *Teoria e pratica del Diritto*, sez. IV, n. 53, Diritto Amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág. 27.

¹⁸ CLARICH, ob. cit., pág. 16.

¹⁹ VIRGA, ob. cit., pág. 5.

²⁰ Consejo de Estado, n° 7972/2006; citado por VALASTRO, A: *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pág. 72.

²¹ MERUSI, F. y PASSARO, M.: *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Il mulino, Bologna, 2003, Pág. 94.

y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

La sola mención de los servicios públicos en forma expresa dentro de las garantías constitucionales, a efectos de garantizar el control de su calidad y eficiencia, importa un compromiso conceptual ideológico muy claro de nuestro texto constitucional. “El servicio público es, pues, exorbitancia. Prerrogativa y garantía”²²; entonces, el servicio público supone la regulación, supone la emisión de normas de carácter general de rango legal y reglamentario.

La norma, como surge con evidencia de su texto, respecto de los servicios públicos, garantiza su control de calidad y eficiencia sobre la base de la existencia de:

1. procedimientos eficaces de prevención y solución de conflictos;
2. marcos regulatorios;
3. y “organismos de control”, los que incluirán participación “necesaria” de provincias interesadas y de asociaciones de usuarios.

El precepto constitucional contempla las tres actividades de las que es susceptible el servicio público: la moderación de los intereses de los sectores involucrados, su regulación y su control. Reviste particular importancia destacar que la garantía constitucional alcanza al “control... de la calidad y eficiencia de los servicios públicos” (art. 42 CN) y que es en ese marco en el que se desenvuelve toda la actividad regulatoria del régimen del servicio público.

BIANCHI ha enfocado la actividad de los entes reguladores desde otro punto de vista; señala cómo cada uno de ellos desarrolla actividad legislativa, judicial y administrativa, lo que los constituye en una especie de estados dentro del estado²³; en sentido parecido, se ha señalado cómo “se tiende a hablar de las administraciones independientes que ejercitan funciones cuasi normativas, administrativas en sentido estricto y cuasi jurisdiccionales”²⁴.

²² COMADIRA, J.R.: “El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en *Servicio público, policía y fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 2004, pág. 17.

²³ BIANCHI, A. B.: “La regulación económica”, tomo 1, *Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*, prólogo de A. GORDILLO, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2001, pág. 214.

²⁴ ZITO, A.: *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, LUISS, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Roma, Giuffrè Editore, Milano, 1996, pág. 172; ver también ASPRONE, M.: “Le authorities indipendenti: carattere distintivi”, en *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n° 158, noviembre-diciembre 2007, anno CLVIII, fasc. N° 11-12, Roma, pág. 833.

Conforme a lo que veníamos exponiendo, los organismos de control cumplen una misión específica en el marco de los elementos de organización y procedimiento destinados a hacer efectivas las garantías constitucionales de los derechos fundamentales; también en este caso, de aquél que sirve de fundamento al servicio público de nuestra constitución que, como hemos sostenido, es similar al concepto de “servicio universal” elaborado por la doctrina de las directivas de la Unión Europea para el servicio de las comunicaciones²⁵.

La legislación argentina adoptó distintos cursos de acción frente a los diversos servicios públicos. Algunos fueron regulados por leyes; tal es el caso de la electricidad (Ley 24.065), del Gas (Ley 24.076) y del agua y el saneamiento (Ley 26.221). No ocurrió lo mismo con la telefonía (Dec. 1185/1990), las comunicaciones viales (Dec. 1994/1993) y los aeropuertos (Dec. 375/1997) en que el instrumento empleado fue el de simple decreto del Poder Ejecutivo Nacional. De esas leyes, algunas fueron anteriores al texto constitucional de 1994, electricidad y gas, y otra posterior, agua y saneamiento. De los decretos, telefonía y comunicaciones viales son anteriores y aeropuertos posterior.

En todos los casos se estableció la presencia de un organismo regulador del servicio público; en prácticamente todos los casos se le atribuyó la naturaleza jurídica de “ente autárquico”; por ello “están ubicados en dependencias de algún órgano de la administración central”. Es decir, sujeto al control operativo del respectivo ministerio del Poder Ejecutivo, bajo su control de tutela administrativo, con la excepción –en este único caso– de aquellos creados por ley donde se ha habilitado el acceso directo a los tribunales judiciales contra las decisiones del ente. Son conducidos por órganos colegiados cuyos miembros son designados y pueden ser removidos por el Poder Ejecutivo, “lo que confiere a éste una gran discrecionalidad en el manejo de los entes”²⁶.

En otro trabajo analizamos esta estructura y señalamos cómo no se ajusta en modo alguno a los “órganos de control” *de* creación constitucional por diferentes razones jurídicas²⁷.

²⁵ Ver nuestras ponencias, “El estado y los servicios públicos ‘universales’”, presentada para las VIII *Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo Colombianas* realizadas en la Universidad Externado de Colombia en los días 26 y 27 de julio de 2007; y “El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global (una crítica a las expresadas razones de “cohesión social” y “solidaridad”)”, presentada ante el *Seminario sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* realizado por la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección de A. EMBID IRUJO, los días 19 y 20 de febrero de 2008.

²⁶ BIANCHI: *La regulación...*, ob. cit., págs. 215-216.

²⁷ Ver nuestra ponencia “Control de los servicios públicos prestados por el estado”, en *Jornadas sobre cuestiones de control de la administración pública (administrativo, legislativo y judicial)*, Buenos Aires, 13, 14 y 15 de mayo de 2009.

Los mencionados entes reguladores cumplen funciones de todo tipo. Así establecen los reglamentos de servicio, participan en la elaboración de las tarifas, asesoran en renegociaciones y llevan a cabo el control meramente contractual del servicio. Prevén y solucionan conflictos de baja envergadura y, en general, se caracterizan por su ausencia e incumplimiento de sus obligaciones a tal punto que la legislación de defensa de consumidores ha contemplado la participación de sus autoridades de aplicación en los reclamos de los usuarios²⁸.

III. La actividad reglamentaria de las autoridades reguladoras de los servicios públicos

Habiendo repasado las normas sobre las que se apoya el fundamento de la participación pública y las que dan cabida al régimen de regulación de los servicios públicos en la Argentina, podemos avanzar en el terreno propuesto de la participación en la elaboración de dicha normativa por sus autoridades reguladoras.

No existe en el ordenamiento jurídico argentino un sistema unificado de regulación de la actividad reglamentaria de los entes reguladores²⁹; tampoco un común denominador claro posible de extraer de los distintos regímenes de regulación de cada uno de los servicios públicos. Pero podemos decir que las actividades de reglamentación del ente regulador que cumple funciones en el sistema se desenvuelven normalmente en el plano de las instrucciones de naturaleza jurídica y técnica acerca de la prestación del servicio, de la organización de los controles para verificar el cumplimiento contractual de los concesionarios, de los incrementos de tarifas, etc. En otras palabras, todas actividades propias del Poder Ejecutivo, en su mayoría vinculadas a su carácter de concedente del servicio público, es decir, en el marco contractual de su actividad.

Quedan excluidas aquellas medidas y normas tendientes a efectuar un control policial, no contractual, independiente, que tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de la garantía constitucional de “control de calidad y eficiencia” del servicio público. Se encuentra todavía sin cumplimentar, por no existir en la realidad jurídica, la tarea encomendada a un “organismo de control” necesariamente independiente y en donde participan

²⁸ El nuevo art. 25 de la reciente modificación de la Ley de Defensa del Consumidor (26.361) dice: “Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley”.

²⁹ Tampoco en Italia, ver FRANZONI, S.: “L’attività di regolazione delle autorità indipendenti”, en rev. *Il diritto dell’economia*, fascicolo 2-2008, Mucchi Editore, Modena.

necesariamente –también– las asociaciones de usuarios y las provincias interesadas.

Frente al ente regulador que hoy efectivamente existe en el sistema argentino, dependiente del gobierno, de sus órdenes y de su designación, se presentan únicamente los canales generales de participación que contempla el Decreto 1172/2003 para toda la administración pública Nacional y aquellos específicos de los respectivos marcos regulatorios ya indicados.

Como surge de la norma del art. 42 CN, se presentan dos cauces abiertos hacia la participación: la que es propia de los usuarios y que se realiza en forma directa a través de los mecanismos eficaces de prevención y solución de conflictos, y la indirecta que es de las provincias y de las instituciones públicas no estatales como las asociaciones de usuarios y consumidores, en los organismos de control. Tanto los mecanismos de prevención y solución de conflictos como los organismos de control deben contar con participación de los usuarios; esto constituiría “la materialización de derechos constitucionales establecidos por la Convención Nacional de 1994”³⁰ pero, como hemos señalado, todavía es materia pendiente en el sistema argentino.

Dijimos que nuestro orden constitucional prevé la participación desde un doble punto de enfoque: la participación personal –directa de los usuarios– y la institucional. En la primera la participación se produce a través de los mecanismos de consulta o de prevención y solución de conflictos; en la segunda el instrumento seleccionado por el texto constitucional es a través de la integración en los propios organismos de control de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas.

Son dos canales de participación porque poseen fundamentos y finalidades distintas.

A. Participación de colaboración

La activa participación de los usuarios y de sus asociaciones a través de los instrumentos o mecanismos de prevención y solución de conflictos tiene un objetivo de colaboración con la autoridad precisamente para esa tarea de análisis y superación de las consecuencias inevitables que se producen en la gestión del servicio público y en la permanente y natural conciliación de los intereses particulares del concesionario, de algunos usuarios afectados –otros víctimas– de la discriminación, y de los intereses públicos.

³⁰ CINCUNEGUI, J.B.: “La participación de los usuarios en los servicios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, n° 237, junio de 1998, Buenos Aires, pág. 103.

El fundamento de la participación –en este caso– es la colaboración con la actividad del ente.

Algunos mecanismos jurídicos, como la celebración de audiencias públicas, han resultado idóneos para encausar las inquietudes ciudadanas de hacer oír su voz en los procedimientos preparatorios de la voluntad de la administración cuando se dispone a emitir una norma de alcance general como la tarifa. Constituyen, sin duda, una forma de procedimiento que ha sido calificada como “pilar básico de la participación de los usuarios en la efectiva defensa de sus derechos”³¹. Lo que no aparece con claridad es ese mismo grado de participación en los niveles de decisión por cuanto la audiencia pública no siempre prevé los instrumentos que aseguren un adecuado tratamiento de los planteos y reclamos que formalmente hacen oír los usuarios o interesados.

El amplio mecanismo de participación contemplado por el Dec. 1172/2003, si bien es altamente ponderable, resulta insuficiente y poco práctico en lo que respecta a los servicios públicos. Pretender la presencia de público indiscriminado en las reuniones de directorio de los organismos de control, como lo prevé el anexo VIII, es ilusorio a la vez que invita a que las “verdaderas” reuniones sean realizadas en otro lugar y momento llevando luego una simulación de reunión en público para satisfacer los reglamentos.

Otros instrumentos, como el Procedimiento de Documento de Consulta³², donde la complejidad para acceder al mencionado documento, normalmente ubicado en lugares físicamente distantes de los interesados, su grado de complejidad –a través de un sitio web– que exige un nivel de cultura informática extraordinario, colocan el procedimiento lejos de los usuarios interesados.

Otra consideración, que coloca al sistema de Audiencia Pública por encima de los otros procedimientos, cuando es realizada con conciencia federal y nacional del carácter del servicio, es la que tiene en cuenta la dificultad de acceso de aquellos aspirantes a usuarios. Muchas veces el mecanismo está pensado para los que ya tienen el servicio y no para aquellos que aun no lo reciben y que –muchas veces– son los verdaderos postergados en las medidas que afectan la expansión y la inversión en los planes del servicio. Entre las normas que puede emitir el ente regulador están aquellas que modifican, generalmente “postergan”, planes de inversión y de expansión del servicio que afectan poblaciones extensas.

³¹ EMILI, E. O.: “La audiencia pública”, *Revista del Foro de Cuyo*, n° 29, Editorial Dike, Mendoza, 1998, pág. 49.

³² Reglamentado por Resolución 576/2002 del Ministerio de Economía.

Ha resultado útil en algunos casos la designación de un funcionario “*ad hoc*” que cumple la función de Defensor del Usuario tal como se practica en diversos reglamentos de los Estados Unidos de América³³; entre nosotros se encuentra en forma expresa en el reglamento de audiencias públicas del Ente Nacional Regulador Eléctrico³⁴. Pero nuestro análisis en este punto no pretende alcanzar ingredientes de gran envergadura sino, por el contrario, aquellos pequeños detalles, como el lugar físico, la ubicación precisa, el tiempo concreto brindado para las vistas de las actuaciones, la antelación de los anuncios, la complejidad de la información técnica brindada, etc. todo un conglomerado de detalles que en conjunto aportan –o no– un clima de igualdad de oportunidades en los planteos de los usuarios, o sus asociaciones, frente a los prestadores o a la administración responsable de la calidad de las contrataciones y del control de policía.

Algunas normativas sobre Audiencia Pública limitan su alcance a “dar y recibir opinión e información” por parte de los habitantes³⁵ o posibilitan una escasa preparación por desconocimiento de los antecedentes o por el limitado lapso de anticipación con que son convocadas; en otras palabras, se convierten en meras “cajas de resonancia” de quejas sin la eficacia que la norma del art. 42 CN exige de los mecanismos de prevención y solución de conflictos. La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la Audiencia Pública es “un elemento ineficaz para conocer realmente la opinión de los usuarios y para atender sus sugerencias y expectativas”³⁶; Uez ha sostenido que las Audiencias Públicas “no tienen una practicidad real, más allá de legitimar decisiones ya tomadas por las autoridades correspondientes”³⁷.

Estos mecanismos de participación se vinculan estrechamente con la credibilidad del sistema de control y de la entidad convocante. Todavía recordamos la audiencia pública realizada con motivo del reclamo de las concesionarias de los servicios telefónicos, denominado “rebalanceo” de las tarifas, en el año 1997. Este “procedimiento” comenzó en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, en Mendoza, continuó –luego de un “cuarto intermedio”– en la ciudad de Posadas, provincia de Misiones –a casi dos mil kilómetros de donde comenzó–, para luego de otro “cuarto intermedio”, caer en el olvido.

³³ Ver GORDILLO, A.: “El procedimiento de audiencia pública”, en *Revista de Administración Pública*, n° 214, Buenos Aires, pág. 10.

³⁴ Ver Resolución del ENRE n° 39/94, art. 9°, en R.A.P., n° 192, pág. 92.

³⁵ Ver sistema de audiencia pública en la Carta Orgánica de la Ciudad de Neuquén comentada y analizada en FRARE, H. E.: “Autonomía y racionalidad en la institución municipal. Audiencia pública y control social”, en *Revista de Administración Pública*, marzo de 1999, Suplemento Especial n° 7, Buenos Aires, pág. 4.

³⁶ PTN, Dictámenes, 234:325 (año 2003).

³⁷ UEZ, R. A.: *La globalización y los problemas regulatorios. Aspectos generales y experiencia argentina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, pág. 122.

Estas experiencias como esa, lamentables e innecesarias, han ido conformando en los usuarios una conciencia escéptica respecto de las reales posibilidades de los organismos de control de cumplir su función esencial frente a las grandes empresas concesionarias³⁸ y, consecuentemente, también escéptica de la utilidad de la participación pública.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia ha consagrado la necesidad imprescindible de la celebración de audiencias públicas en determinadas oportunidades, como, por ejemplo, cuando se trata de la reforma del marco regulatorio, en especial, cuando se trata de uno que ha sido aprobado en su oportunidad por una audiencia pública³⁹. En este caso, la participación alcanza no sólo a la actividad normativa del ente regulador sino a la actividad pre-legislativa, desarrollada con motivo de la reforma del marco que posee nivel de ley formal, o pre-reglamentaria, cuando el nivel del marco es de decreto del Poder Ejecutivo.

Coincidimos con Muratorio en que la Audiencia Pública “constituye un instrumento de enorme valor”⁴⁰, y con Gordillo en que tiene especial utilidad para constituirse en: 1. garantía objetiva de razonabilidad; 2. mecanismo idóneo de consenso; 3. garantía de transparencia; 4. elemento de democratización del poder; y 5. Modo de participación ciudadana en el poder público⁴¹.

Pero el éxito de la Audiencia Pública exige ineludiblemente una clara conciencia del objetivo propuesto y de su razonabilidad. El procedimiento de participación debe tener la aptitud, por su prolija preparación de la documentación y de los antecedentes, por la anticipación adecuada de su puesta a disposición de los sectores interesados, por los equipos técnicos brindados para las explicaciones y ampliaciones necesarias, para clarificar realmente a los interesados acerca

³⁸ Así lo adelantamos en “Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y de los entes reguladores”, en revista *La Ley*, 1999-D-349; en igual sentido BENÍTEZ, E.: “Servicios públicos domiciliarios”, en GHERSI, C.Y OTROS: *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Organización Mora, Buenos Aires, pág. 171; y también MOSSET ITURRASPE, J.: *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 59.

³⁹ Así lo dispuso el Juez Federal Contencioso Administrativo n° 4 en “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Secretaría de Comunicaciones” (abril 22 de 1998), en revista *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Dir. A. GORDILLO, Buenos Aires, 28 de mayo de 1998, pág. 59. En igual sentido la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, sala IV, en el caso “Youssefian, Martín c/ E.N. Secretaría de Comunicaciones p/ amparo”, en revista *El Derecho*, del 31 de marzo de 1998, cuando se trató de la prolongación del plazo de exclusividad de las telefónicas que se pretendía realizar sin la celebración de audiencia pública previa.

⁴⁰ MURATORIO, J. I.: “Situación jurídica del usuario del servicios público. Participación en el control. Tutela administrativa y jurisdiccional”, en *Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Servicio público, policía y fomento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, pág. 321.

⁴¹ GORDILLO, A. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, *Defensa del usuario y del administrado*, 6ª edición, XI-6.

de la reglamentación que se pretende elaborar y facilitar así la participación pública mediante la expresión precisa de los intereses afectados y de los aspectos no contemplados que suelen tener los proyectos elaborados en laboratorios normalmente aislados de quienes sufren luego las consecuencias de esas normativas en la práctica cotidiana. La participación contribuye a enriquecer la temática de motivación y consideraciones que debe respaldar a la decisión de la autoridad.

Alguna jurisprudencia ha considerado al trámite de audiencia pública como directamente exigido por el art. 42 CN, mientras que otra ha estimado que lo exigido imprescindiblemente es la aplicación de alguno de los instrumentos de participación y no de uno en especial. Nosotros pensamos que el mecanismo a emplear debe ser seleccionado con todo cuidado y atendiendo a los intereses en juego; así será posible el uso de la “Consulta” a los usuarios cuando la cuestión competa sólo a ellos. Pero será necesario el empleo de otro cuando los derechos frustrados o postergados sean los de aquellos que aspiran al cumplimiento de los planes de expansión de los servicios y que esperanzadamente aguardan su incorporación efectiva al goce de su derecho al servicio público en condiciones de igualdad.

B. Participación de control

En el segundo de los mecanismos de participación previsto por el texto del art. 42 CN tiene su fundamento en la necesidad de controlar al mismo ente y su funcionamiento desde la vigilancia de los intereses sectoriales de la asociación de usuarios –órgano no gubernamental– o desde la provincia interesada. La finalidad del participante representante de la provincia o de la ONG es controlar no ya tanto al concesionario y a la administración concedente como a la misma autoridad controlante. Se trata de la cuestión tan debatida de quién controla al controlante, en este caso, al mismo ente regulador, en el cumplimiento de su misión específica.

Como ha señalado la doctrina, “la transparencia y la participación de los interesados en los procedimientos de regulación asume una particular importancia en el caso de las autoridades independientes dotadas en muchos casos de poderes normativos casi en blanco”⁴².

El principal fundamento de la participación, en este caso, es el control de la administración prestadora, gestora y contratante del servicio público. Y en

⁴² CLARICH, ob. cit., pág. 19; el autor señala en nota n° 13 cómo “reglas procedimentales rigurosas y amplia participación pública, junto con la obligación de motivar en términos de costo beneficio la normativa propuesta y de otros factores, constituyen y atribuyen a la autoridad independiente una base de legitimación”.

este caso la norma constitucional la califica de “necesaria” (art. 42 CN). Esa administración pública que hoy, cada vez más, presta directamente algunos servicios públicos o que lo hace indirectamente a través de sociedades anónimas de capital estatal mayoritario o minoritario.

Existe la convicción generalizada entre los usuarios argentinos de que la afectación de la independencia necesaria de los entes reguladores no se ha visto frustrada por la “captura”⁴³ de ellos por parte de las empresas concesionarias controladas sino, por el contrario, la que ha sido capturada por los intereses económicos, generalmente globalizados, es la voluntad de los funcionarios políticos de la administración pública que controla a los mencionados entes reguladores.

Las diferencias de cada participante en esta actividad de control tienen –a su vez– distintos roles. En un caso la participación se produce mediante ONG mientras que en el otro a través de las unidades primarias de nuestro régimen federal, que son las provincias.

Salvo en el caso del Ente Único Regulador previsto por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 138 y 139), en que obligatoriamente uno de los miembros del Directorio debe pertenecer a organizaciones de usuarios y consumidores, en los demás casos los representantes de esas asociaciones no han logrado integrar los organismos de conducción de los entes reguladores. Tan sólo, en algunos regímenes en particular, los representantes de asociaciones de usuarios integran órganos consultivos internos cuyos dictámenes, generalmente facultativos, carecen –además– de carácter vinculante⁴⁴. Esto se debe a que los entes reguladores argentinos desempeñan únicamente las funciones propias del Poder Ejecutivo que es, en definitiva, quien los controla a ellos.

En un litigio iniciado en la provincia de Santa Fe por la “Liga Santafecina en Defensa del Usuario y del Consumidor”⁴⁵, un Juzgado de primera instancia hizo lugar a un planteamiento tendiente a obligar al Poder Ejecutivo provincial a la inclusión de un representante de los usuarios en el Directorio del ente

⁴³ Entre nosotros ha provocado la preocupación de MUÑOZ, G. A.: “Derecho público y Derecho privado en la organización de la Administración”, en MUÑOZ, G. A. y SALOMONI, J. L. (directores): *Problemática de la administración contemporánea. Una comparación europeo-argentina*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 42; en el plano internacional ver CLARICH, ob. cit., pág. 13.

⁴⁴ Tal es el caso de la Provincia de Mendoza donde se prevé su participación en el art. 55 de la Ley 6497 en un órgano consultivo.

⁴⁵ Cámara Civil y Comercial de Rosario, 29-3-1996, “Liga Santafecina en Defensa del Usuario y del Consumidor c/ Poder Ejecutivo”, en revista *La Ley*, 1997-A, p. 189; con nota de LORENZETTI, R.: “La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos”.

regulador. Recurrido el resolutivo ante la segunda instancia, la Cámara revocó el fallo con dos argumentos; el primero de ellos asentado en el carácter político –no justiciable– del tema en cuestión y en el segundo, voto de NÉSTOR SAGÜÉS, en el hecho de que no se había planteado la inconstitucionalidad de la norma legal provincial que había omitido la inclusión del director representante de las asociaciones de usuarios de la provincia.

En este punto las dificultades provienen generalmente de ambos lados del interés. Se presenta una reticencia de las asociaciones de usuarios a comprometerse responsable y formalmente en la conducción del ente y a asumir las consecuencias de su opinión expresada en un ámbito tan dependiente de las autoridades políticas de turno; mientras que –por otro lado– es grande la desconfianza de los sectores políticos del gobierno que temen el surgimiento de nuevas figuras representativas que tengan como fuente de legitimidad otras instituciones y otras bases distintas a la del alicaído partido político hoy en tan grave crisis de representatividad.

Consideramos que gran parte de la falta de credibilidad que los entes reguladores tienen ante el común de los usuarios se debe a que éstos les resultan totalmente ajenos, a que se les aparecen como algo que no está claramente desvinculado de las empresas prestadoras o de los intereses políticos. En otras palabras, la falta de participación atenta contra la función misma del organismo de control.

La participación de las provincias está prácticamente diluida por razones de diversa índole. Por la situación geográfica de concentración innecesaria de todos los entes reguladores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la escasa participación de representantes, por su mecanismo informal e inorgánico de designación y por la dependencia del gobierno Nacional.

Se ha contemplado únicamente, en algunos marcos regulatorios, la participación de representantes de las provincias interesadas y se ha recurrido –como ya lo señalamos– a la designación de alguna persona elegida “por los gobernadores”⁴⁶ sin prever un procedimiento verificable. Dificilmente surja de ese mecanismo la designación de alguien efectivamente comprometido en condiciones de efectuar una tarea efectiva de control.

Consideramos que debe plantearse con claridad la necesidad de establecer los verdaderos organismos de control que la Constitución ha contemplado en su texto expreso y, en ese marco institucional, posibilitar orgánicamente la participación en dicho control. También somos conscientes de que la autoridad política no tiene interés en favorecerlo, los actuales detentadores

⁴⁶ Es el caso del ORSNA, Dec. 375/98, art. 24.

de la dirección de los entes tampoco, puesto que la función evidente de esos organismos sería –ya dijimos– la de controlarlos a ellos.

Es más, la creciente tendencia del Estado argentino de recuperar terreno en el sector empresario de prestación de los servicios públicos, lo que lo coloca cada vez más en el espacio controlado, como único modo de hacer efectiva la garantía constitucional de “control de calidad y eficiencia”, lo convierte en un adversario fuerte a la hora de propiciar el avance de los controles en materia de servicios públicos. De igual modo y por las mismas causas, también es de esperar la resistencia a cualquier participación en la elaboración de normas generales y reglamentarias que no están ahora destinadas a los prestadores concesionarios privados sino al mismo estado bajo diversas formas jurídicas de descentralización, cuando no de prestación directa.

Sólo la implementación de los organismos independientes posibilitaría la representación de las provincias en forma orgánica y en su carácter de sujeto del sistema federal. De lo contrario no es posible pensar en la eficacia de una participación efectiva en el marco de un organismo que depende de la administración central; la provincia no podría verse sometida a las directivas de funcionarios de segunda o tercera línea de la mencionada administración central.

La necesidad del organismo previsto por la Carta Magna es evidente desde que no podría pensarse que el texto constitucional haya querido referirse a un instrumento meramente dependiente del Poder Ejecutivo ya que, en ese caso era innecesario en tanto y en cuanto su carácter de responsable de la administración general del país (art. 99 inc. 1 CN) suponía su competencia. La mención constitucional solo tiene sentido si ese “organismo de control” tiene facultades efectivas sobre la administración implicada en la gestión de los servicios públicos a través de su prestación, su contratación y su regulación.

IV. Conclusiones

Podemos concluir en que la participación pública en la elaboración de los reglamentos en el terreno de la actividad reguladora de los servicios públicos en Argentina presenta diversos ángulos de abordaje.

Por un lado, la participación de orden general habilitada por la normativa que posibilita dicha colaboración en toda la actividad reglamentaria de la administración pública Nacional, de tal modo, en la medida en que los entes reguladores de los servicios públicos son entidades descentralizadas de dicha administración central, esos canales se encuentran disponibles conforme a las reglas generales en la materia del Dec. 1172/2003.

Por el otro, el propio Dec. 1172/2003, en su anexo VIII, estableció un instrumento particular específico de participación de los usuarios en las reuniones de los entes reguladores que no ha gozado de gran predicamento ni se registran antecedentes que podamos destacar de su utilización efectiva después de su creación.

En cuanto a los canales planteados por el propio texto constitucional (art. 42 CN) en tanto se refiere a la “necesaria participación de las asociaciones de usuarios... y de las provincias interesadas en los organismos de control”, ya hemos destacado, no ha sido posible su instrumentación en forma eficiente desde su establecimiento en la Reforma constitucional de 1994.

En la medida en que los entes reguladores no han conformado los requisitos de independencia que los organismos constitucionales implican necesariamente, en razón de su tarea, de su materia de control y de sus participantes necesarios, como son las provincias del Estado federal, podemos decir que dichos “organismos de control” no existen aún en el régimen jurídico de Argentina.

Tan solo en algunas provincias, como en Mendoza, los entes reguladores del agua potable y del saneamiento y eléctrico (Leyes 6044 y 6497 respectivamente), gozan de un importante grado de independencia en razón de su ubicación por afuera del control de tutela de la administración central y de la necesidad del acuerdo del Senado de la provincia para la designación y remoción⁴⁷ de sus autoridades. No obstante, la misma no es absoluta en tanto se encuentran al alcance de la intervención administrativa del Poder Ejecutivo⁴⁸.

Ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de Mendoza respecto de los entes reguladores provinciales que

se requiere la organización autárquica y un criterio de independencia de la autoridad de control, tanto de las fuerzas dominantes de las prestadoras como las del propio Poder Ejecutivo, para que brinden una eficaz protección del usuario del servicio público... corresponde asegurar la autonomía administrativa, política y económica del ente, razón por la cual se lo estructura como una entidad descentralizada, con patrimonio y administración propios, fuera de la dirección del Poder Ejecutivo... el recurso de alzada, genera a la postre una suerte de dependencia de la entidad descentralizada respecto del Poder Ejecutivo. En nuestro caso, la entidad puede aún tener intereses enfrentados con el Poder Ejecutivo, con los prestatarios o con los usuarios. Si se exigiera necesariamente

⁴⁷ Art. 128 inc. 22 de la Constitución de la provincia de Mendoza.

⁴⁸ Si lo ha sostenido I. FARRANDO en su ponencia “La intervención administrativa de los entes públicos y privados que ejercen actividades públicas”, en las Jornadas de Derecho administrativo de la Universidad Austral sobre *Cuestiones de control de la administración Pública (administrativo, legislativo y judicial)*, en Buenos Aires, 13, 14 y 15 de mayo de 2009.

la alzada por tratarse de un ente autárquico, se resentiría su independencia política, administrativa, económica o funcional... el fortalecimiento del Poder Ejecutivo en el control de un ente estatal descentralizado, importa un elemento disvalioso ante la nueva realidad de los entes reguladores, razón por la cual estimo acertada la solución dada por la ley 6044 de conferir un recurso directo ante la Suprema Corte de Justicia y considerar la resolución del ente como definitiva y firme a los efectos administrativos⁴⁹.

Una participación real, como la prevista por el texto constitucional, que comprenda el control efectivo a la administración prestadora, gestora y contratante del servicio público no se producirá en el ordenamiento jurídico argentino hasta tanto no sean establecidos los “organismos de control” que previó el constituyente de 1994. Hasta tanto nos veremos obligados a extremar los recursos disponibles y a provocar la fuerza interpretativa de los jueces de la materia, a fin de suplir esa ausencia evidente y necesaria para asegurar, no solo la garantía constitucional de “control de calidad y eficiencia de los servicios públicos”, sino también la participación pública misma que es motivo de estas reflexiones.

La operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al texto constitucional argentino, que sirven de fundamento al derecho del usuario, son la base y cimiento de la interpretación con que cuenta el juez que desea acompañar con su imprescindible apoyo aquella garantía fundamental expresa del art. 42 CN y contribuir de este modo a “la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia”⁵⁰.

En cuanto a la participación pública efectiva en la elaboración de las normas generales y reglamentarias de los entes reguladores, debemos admitir que se trata también de una materia pendiente. La práctica real de las previsiones normativas legales que la posibilitan no ha adquirido todavía un nivel de desarrollo que nos permita evaluar su grado de avance.

La postergación de los entes reguladores de los servicios públicos a un papel de asesor meramente técnico en los procedimientos más importantes ocurridos en los últimos años en ese campo como es la renegociación de los contratos de concesión, ha relegado a un plano inferior toda participación pública que se pudiera propiciar en ese ámbito; un rol tan híbrido no invita a la participación.

No obstante lo expresado, somos optimistas en la implementación de futuros cauces de acceso a la participación pública en las tareas de los entes reguladores en la medida en que cada vez es menos viable la unilateralidad en el terreno de

⁴⁹ Ver revista *La Ley Gran Cuyo*, t. 2001, Mendoza, Pág. 663.

⁵⁰ J. RODRÍGUEZ-ARANA, ob. cit., pág. 225 y sigs.

la actividad administrativa en los países democráticos; su desarrollo conjunto es inevitable y necesario.

EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Pedro José Jorge Coviello

“Ciertamente, ¿qué es el derecho administrativo si no el control de la discrecionalidad?”

Bernard Schwartz

I. Introducción. Tres ideas pueden considerarse liminares en el tema

La primera es la que corresponde a una santa de la Iglesia, TERESA BENEDICTA DE LA CRUZ, más conocida por su nombre anterior a la toma de hábito, EDITH STEIN: “una resolución absolutamente arbitraria, sin fundamento de algún género, es impensable”¹. Por otro lado, el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA en una clásica monografía señaló que la reducción de las inmunidades del poder “podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo”². Y, por último, la palabra del eminente iuspublicista norteamericano BERNARD SCHWARTZ, puesta al principio del trabajo³.

De esta forma, se puede concluir, con pretensión de aproximada certeza, que el control de la arbitrariedad, entendida como vicio de la potestad discrecional administrativa es el núcleo central del Derecho Administrativo, habida cuenta que, en efecto, todas las instituciones que en su campo se han forjado tuvieron como fin primario o secundario sujetar la actuación al Derecho, asegurando los medios de control adecuados.

Y no cabe duda que en un Estado de Derecho es el Poder Judicial la garantía efectiva de la vigencia de los derechos de los administrados y de las instituciones democráticas, puesto que, como dijo Fiorini, “[e]l Estado jurídico repele la discrecionalidad que pretende justificarse con la voluntad del funcionario”⁴.

¹ *De l'État*, trad. fr., Cerf, Friburgo, 1989, pág. 66. Esta santa fue discipula preferida de EDMUND HUSSERL y entre su obra filosófica, anterior a su ingreso como monja carmelita descalza –tomando el nombre religioso de TERESA BENEDICTA DE LA CRUZ– dedicó dicha monografía a estudiar el fenómeno estatal y su relación con el Derecho.

² *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1979, pág. 22. Del mismo autor: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 23.

³ *Administrative Law*, 3.^a ed., Little Brown, Boston, 1991, pág. 652 § 10.14.

⁴ FIORINI, B.: *La discrecionalidad de la Administración*, reimpr. de la edic. de 1948, Alfa, Buenos Aires, 1953, pág. 69.

II. Estado de Derecho, división de poderes y “zona de reserva”

Evolución de la jurisprudencia argentina

Uno de los componentes fundamentales del Estado de Derecho es la división de poderes. Mientras en Francia se tomó el principio en forma visceral, de forma que era la propia Administración que se juzgaba a sí misma (en la inteligencia de los revolucionarios que juzgar a la Administración era también administrar), y que con el tiempo sería el Consejo de Estado, creación napoleónica de la Constitución del Año VIII, en el modelo norteamericano, que fue el que tomó nuestro país, el control era funcional, esto es, un Poder específico del Estado, el Judicial, asumía la función⁵.

1. En esta materia una de las preocupaciones que, según mi punto de vista se puede ver desde el comienzo de nuestra organización constitucional fue la afirmación drástica del respeto que los primeros integrantes de la Corte Suprema mostraron por la observancia estricta del principio de la división de poderes, tomando como modelo al efecto.

Así, en el caso “Ríos” (1863)⁶, dijo:

siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.

Poco después, en el caso “Seste y Seguich” (1864)⁷, en un reclamo que se formulaba al Gobierno Nacional por pago de servicios militares, sentó la Corte que

es uno de los atributos de la soberanía ... que el que la inviste no pueda ser arrastrado ante tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento...

y, en tal sentido,

los tribunales nacionales ningunos tienen eficaces para someter al jefe de la Nación a la obediencia de sus mandatos,

⁵ Por no comprender esta distinción de regímenes, en nuestro país se habló de “recursos” de plena jurisdicción y de anulación, sin comprender que estos remedios sólo eran concebibles en los países de origen con un modelo de justicia administrativa que no existía en el nuestro.

⁶ Fallos: 1:36. La denominación corresponde a la colección oficial que publica la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.

⁷ Fallos: 1:319.

agregando que

aún prescindiendo de esta consideración, la facultad de los tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones y condenarlo a pagos y reparaciones civiles, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado [art. 86] acuerda al jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente cometido al Congreso por el art. 67 en su inc. 6.

En este último precedente se seguía el modelo americano, presente entre nosotros hasta principios de siglo, conforme el cual el Estado no podía ser llevado a juicio sin obtener la venia legislativa cuando actuaba como poder público.

Luego, en el caso “Cullen c/ Llerena” (1883)⁸ dijo que

Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forma el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejerce las facultades que ella les confiere respectivamente.

Y en el caso “Sojo” (1887)⁹, la Corte continuó forjando la doctrina en torno al principio de la división de poderes:

La misión que le incumbe a la Suprema Corte de mantener los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitución, la obliga a ella misma a absoluta estrictez para no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales.

Este discurso fundacional en torno a la división de poderes y el rol de la justicia en relación al control sobre el Ejecutivo se puede considerar cerrado doctrinariamente con la fórmula acuñada en el caso “Bonevo” (1929)¹⁰, donde dijo la Corte que

la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.

⁸ Fallos: 54:420.

⁹ Fallos: 32:125.

¹⁰ Fallos: 155:248.

2. Dicha doctrina, hasta hoy repetida constantemente por la Corte, tenía desde mi punto de vista la idea razonable de que la intromisión del Poder Judicial sobre la acción del Ejecutivo cuando actuaba como poder público significaba quebrar la división de poderes. Había quizás también una confianza puesta en la Administración en que cumpliría debidamente sus cometidos (por ejemplo, en “Seste y Seguich” se habla que la responsabilidad por los actos del Ejecutivo y el cumplimiento de sus obligaciones “tiene por garantía su buena fe”). No hay que olvidar que en esos tiempos no existía aún la burocracia enfermiza que aún hoy perdura, ni el capricho del funcionario de turno, ni la presencia de los tecnócratas (y de asesores jurídicos que olvidaron su título y rol específico dentro del Estado) para quienes el ordenamiento jurídico es un dato que puede ser dejado de lado cuando la oportunidad política lo determina. Muchas veces se observa que los economistas y los politólogos han tenido más relevancia en la toma de decisiones con contenido jurídico que los propios expertos en Derecho, porque de otra forma no era concebible dictar ciertas medidas de gobierno que violentaban abiertamente la Constitución.

3. Pues bien, el reflejo de la doctrina sobre la división de poderes se ve reflejada en el caso “Crespo de Godoy” (1935)¹¹, donde se discutía la cesantía de un profesor de la Universidad Nacional de la Plata en el año 1919, al sostener que la acción era improcedente

desde que esta llevaría al Tribunal a pronunciarse sobre la interpretación que las autoridades universitarias de La Plata, y el P.E. Nacional han hecho de sus propias atribuciones, frente a las correspondientes leyes y estatutos universitarios.

Que dentro de este evidente concepto, es claro, asimismo, que todo pronunciamiento de las universidades, en el orden interno, disciplinario, administrativo y docente de su instituto no puede ser reveído por Juez alguno del orden judicial, sin que éste invadiera atribuciones inconfundibles de otras autoridades con autonomía propia (Fallos: tomo 166, pág. 266 causa Pedro Berges v/. G. Nacional).

Sobre esta base sostuvo que habiendo la cuestión transcurrido en todas las instancias hasta llegar al PE,

los reclamantes carecen de derecho para promover la revisión judicial de aquella resolución, pues a ello se oponen principios fundamentales que justifican la división de los poderes del Estado.

Que careciendo de facultades la justicia para rectificar los procedimientos de la Universidad en la aplicación interna de su estatuto, no puede entrar a apreciar la razón o sinrazón de un decreto de cesantía de los profesores de aquélla.

¹¹ Fallos: 172:396.

Este pensamiento de la Corte anudaba en una reiterada jurisprudencia en la materia, sustentada básicamente en la idea de la división de poderes (por ejemplo, aparte de la citada en dicho caso: Fallos: 45:184; 99:315; 102:202). Pero fue a partir de dicha causa que se forja la fórmula que, palabra más o menos, reiterará en forma constante.

El sustento jurisprudencial lo daba el precedente “Bergés” (1932)¹², donde el actor pretendía el reintegro a una cátedra que había sido suprimida, y el pago de una indemnización. Aquí la Corte sostuvo, con sustento en la doctrina de la doble personalidad del Estado que

[l]a justicia no tiene una misión tutelar respecto al Poder Ejecutivo en el manejo de la cosa pública. Y cuando este poder nombre, remueve o declara una cesantía, procede como entidad pública, encargado de dar las directivas que crea conveniente a los negocios del Estado, y no como persona jurídica o entidad del derecho privado.

(...)

(...) es inadmisibles que un poder extraño, venga a declarar lo contrario en nombre de un derecho particular presuntivamente afectado, como sería la reposición del profesor en la cátedra suprimida; pues ello, no tan sólo importaría la supeditación de un poder a otro y la ingerencia de aquél en funciones ajenas a su competencia técnica, sino que sería hacer prevalecer un interés privado sobre el interés superior de la institución misma.

(...)

el Poder Judicial no puede, sin extralimitarse en sus facultades, intervenir en el gobierno de una Universidad Nacional, revocando la resolución tomada de acuerdo con la ley y sus reglamentos en que declara cesante al profesor. No hay en una resolución de esta naturaleza un acto que importe la lesión del derecho privado que pueda requerir el amparo de la justicia, como no hay en las cesantías que a diario se declaran en la Administración por razones de interés público o de mejor servicio.

De este pronunciamiento mucha tela hay para cortar; pero que su simple reproducción facilita la comprensión de las ideas jurídicas que ilustraban entonces el pensamiento de la Corte.

4. Es en el caso “Dri” (1966)¹³ donde tímidamente produce la Corte un avance jurisprudencial que produciría con el tiempo saludables consecuencias.

Se trataba de un reencasillamiento impugnado por un empleado público, con sustento en el art. 14 nuevo de la Constitución. Allí dijo que

¹² Fallos: 166:266.

¹³ Fallos: 264:94.

aún luego de la sanción del art. 14 nuevo de la Constitución Nacional subsiste en la administración un mínimo de facultades independientes, que es requisito indispensable del principio de la separación de los poderes,

agregando luego este clisé afortunado:

Que no parece dudoso que la facultad de nombrar y remover los empleados públicos comprende la de otorgarles ascensos en el lapso de la prestación de sus servicios y de ubicarlos en el escalafón, al menos en tanto no importe una cesantía encubierta, y que esta atribución integra las necesarias para la supervisión de la correcta prestación de los servicios por parte del Presidente de la Nación.

El reencasillamiento fue confirmado; sin embargo, vemos que la idea se repetía en cuanto al principio de la división de poderes como sustento de la irrevisibilidad de las medidas de corte administrativo en materia de empleo público.

No obstante, me atrevo a señalar que cuando la Corte citaba precedentes para justificar la irrevisibilidad de actos vinculados con la función pública o actividad académica aplicaba la misma doctrina que se había utilizado para traslados o aplicación de sanciones, *cuando no eran asimilables para sostener similares principios*. Así, un traslado resulta mucho menos justificable que una sanción disciplinaria.

5. El caso “Barraco Aguirre” (1980)¹⁴, es el resumen de un avance doctrinario notable en materia de empleo público.

Se trataba de un profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, a quien por resolución del interventor cesó en un cargo y se le dio otro en uno de los institutos secundarios de aquélla, decisión que se negó a cumplir, y como consecuencia de lo cual se dispuso su cesantía por abandono del servicio.

Aunque la Corte rechazó el recurso del actor –porque sostuvo que primero debió obedecer la orden y luego formular los reclamos o recursos correspondientes–, fue sin embargo la oportunidad que ella tuvo para recordar los precedentes que recientemente había elaborado. Así recordó no se justificaba que

el traslado resultara groseramente vejatorio o mereciera el calificativo de cesantía encubierta, circunstancia ésta que debe ser invocada y probada en cada caso.

¹⁴ Fallos: 302:1503.

Citando al efecto el precedente “Cataldo” (Fallos: 295:76, 1976). Obsérvese que en realidad no era este último precedente el que en realidad suministraba la doctrina, sino el caso “Dri”, antes mencionado.

Luego, recordando la misma doctrina en cuanto a que el Poder Ejecutivo mantenía la potestad de nombrar y remover a los empleados, otorgarles el ascenso y ubicarlos en el escalafón, “*en tanto esto no implique sanción disciplinaria o descalificación del agente*”, citando el precedente de “Díaz Ortiz” (1976)¹⁵, que también era un resumen de la doctrina fijada a partir del caso “Dri”.

También dijo el Tribunal que

las resoluciones que dictan las universidades en el orden interno, disciplinario y docente que les es propio, no son, en principio, susceptibles de revisión judicial, salvo que las decisiones tomadas no hayan respetado los derechos y garantías constitucionales de los interesados.

Aquí citó el precedente “Ferrer Deheza” (1976)¹⁶, donde, según se puede ver, la primer parte reproduce la jurisprudencia surgida a partir del caso “Crespo de Godoy” (aunque no lo cita, sino otros muy posteriores); mas la salvedad es la que, asentada en otro precedente del año 1974 del mismo tribunal, quiebra el obstáculo que creaba la supuesta “razón o sinrazón” de la medida, como se decía en “Crespo de Godoy”.

Por último, aunque no sea este precedente el más original en su doctrina, tiene, como antes dije, la virtud de fijar el rumbo de la Corte.

6. El caso “Timerman” (1978)¹⁷ señala un momento sumamente crítico que enfrentó la Corte. Se trataba de establecer si el Poder Ejecutivo tenía fundamentos para mantener la detención a su disposición, pese a que en la investigación de su vinculación en el caso “Graiver” se lo había desvinculado. La esposa había deducido el *habeas corpus* para obtener su libertad.

Dijo la Corte entonces que

el Poder Ejecutivo Nacional tiene la obligación y asume la responsabilidad de ejercitar en cada caso, fundada y razonablemente, los poderes de excepción que le confiere el art. 23 de la Constitución Nacional.

Y luego de reconocer las facultades privativas de los poderes del Estado como consecuencia de la separación de los poderes, y del respeto a la esfera de

¹⁵ Fallos: 295:806.

¹⁶ Fallos: 295:726.

¹⁷ Fallos: 300:816.

reserva de órgano político, como también de otros principios como el de la “adecuada proporción” con los fines perseguidos con la declaración del estado de sitio, señaló que

la aplicación concreta de las facultades de excepción del poder político deben sujetarse al **contralor de razonabilidad** en la adecuación de causa y grado entre la restricción impuesta –la libertad personal en el caso de autos– y los motivos de la situación de excepción (el énfasis me pertenece).

Al comprobar que los antecedentes del caso no justificaban la permanencia de Timerman en la situación de arrestado a disposición del Poder Ejecutivo, la Corte hizo lugar al *habeas corpus*.

Es interesante advertir que un pronunciamiento así tuvo lugar durante un gobierno de facto, donde la Corte de entonces (quienes votaron fueron los jueces ADOLFO GABRIELLI, ABELARDO ROSSI y FÉLIX FRÍAS, y en disidencia EMILIO DAIREAUX) mostró una firmeza digna de reconocimiento, frente a presiones que, a no dudar, se movieron en ese tiempo.

Años después, en el caso “Granada” (1985)¹⁸, que se trataba de un habeas corpus deducido a raíz de su arresto, junto con otros ciudadanos, imputados de atentar contra el orden constitucional, durante el estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo, la Corte por el voto de tres de los jueces CAVALLERO, PETRACCHI y BACQUÉ (el juez FAYT votó en forma concurrente), recordándose la doctrina tradicional de la Corte en el sentido que el control judicial se restringía a la razonabilidad de la aplicación concreta de las medidas dispuestas a consecuencia de su dictado, tuvo por válidos los motivos expresados en el decreto respectivo, agregando que

es preciso rechazar la idea de que el Poder Ejecutivo necesite probar judicialmente el fundamento de las decisiones que motivan el acto de arresto.

Sin embargo, el juez BELLUSCIO, sobre la base de dicha doctrina tradicional y lo dispuesto en el art. 4.º de la ley 23.098 de habeas corpus, agregando la emanada de precedentes donde se acentuaba la relevancia de la “precisión de los informes suministrados”¹⁹, como la ineficacia de “respuestas genéricas e imprecisas”²⁰, cotejó los antecedentes de la causa, donde resultaba que el informe dado por el Ministro de Defensa se remitía a la causa penal, que por el secreto del sumario no había podido ser compulsada, pero “que no han servido para decretar medida concreta alguna en el proceso penal.”

¹⁸ Fallos: 307:2284.

¹⁹ Fallos: 304:1098.

²⁰ Fallos: 298:441.

Asimismo, señaló que no se había permitido el ejercicio del control de razonabilidad impuesto por el art. 4.º de la ley 23.098, agregando que no se trataba que el Poder Ejecutivo suministrara “semiplena prueba” o “indicios vehementes de existencia de delito penal” porque contrariaría la potestad reconocida en el art. 23 de la Constitución,

sino de que suministre a los jueces los informes que éstos le requieran, de los cuales surja que la excepcional medida de privar de la libertad a un ciudadano sin causa judicialmente demostrable se aplica sobre la base de elementos de juicio suficientemente serios para sospechar su vinculación con los hechos que han dado lugar a la declaración del estado de sitio.

Es interesante este pronunciamiento, donde según el criterio del juez BELLUSCIO aparece un componente fundamental del Estado de Derecho que se proyecta al campo del Derecho Público, cual es la motivación de los actos de los poderes públicos. No se trata de que se restrinja el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, sino de que ellas estén motivadas (consecuencia, en definitiva, de la forma republicana que consagra la Constitución). Sin embargo, su posición es frontalmente opuesta a la de los otros jueces, para quienes bastaba solamente el informe del gobierno y hasta rechazaban la exigencia de motivación de los arrestos. Ciertamente, si bien no volvieron a darse situaciones como la del caso “Granada”, me parece que, a todo evento, habría que repensar ambas posiciones.²¹

7. En el caso “Marra de Melincoff” (1984)²², vinculado con una cesantía dispuesta por la comisión de faltas injustificadas, pese a su brevedad, inaugura una línea que seguirá sobre la base de la repotenciación de precedentes del Tribunal²³. Entendiendo el Tribunal que es necesario que el Estado cuente “*con una facultad de libre apreciación de las faltas*”, y que la intervención de la justicia se ciñe

a investigar si en la imposición de las medidas que se adopten, se hizo uso legítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las atribuciones otorgadas.

²¹ Los detenidos fueron sobreseídos por falta de prueba, y en la posterior demanda de uno de ellos, Rosendo Fraga, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF), por la sentencia del 30 de diciembre de 1993 revocó la sentencia de primera instancia y condenó pecuniariamente al Estado por la detención.

²² Fallos: 306:820.

²³ Por ejemplo, que “el control de legalidad supone la debida aplicación por el órgano administrativo de las normas estatutarias, de manera que tanto la descripción como la clasificación de los hechos sea correcta”, que estaba dicha en el caso “Nassif”, Fallos: 259:266, de 1964.

Dijo, entonces, que

es de buena doctrina que el control de legitimidad se cumpla ponderando, entre otras cosas, el prudente y razonable ejercicio de las facultades regladas del Poder Administrador, porque no es admisible una actuación discrecional e irrevisable de aquellas potestades.

La importancia de este pronunciamiento consiste en abrir una importante puerta del control de la actividad discrecional a través de los componentes reglados del acto administrativo, que se precisará en 1992 por la Corte en el caso “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”. Obsérvese que en el caso no se habla de potestades discrecionales; pero de que está hablando de éstas se extrae al hablar de “facultad de libre apreciación de faltas”.

8. Finalmente, en el caso “Pazos” (1995)²⁴ la Corte introdujo en su jurisprudencia, a través de un camino reiterado posteriormente, la doctrina de la “zona de reserva de la Administración” formulada por el maestro MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF, que, como lo sostuve en un trabajo, no pretendía impedir el control judicial de la Administración Pública, sino afirmar el libre ejercicio que, en el contexto del principio de la división de poderes, cada uno de ellos puede y debe ejercer.

En el caso estaba de por medio la competencia de la Administración de fijar escalas salariales a sus agentes, y en la especie la Corte dijo que

ante la ausencia de norma de rango legal ... la autoridad administrativa podía –en ejercicio de sus propias atribuciones– dictar las normas en la materia. (...) facultades [ellas] –enmarcadas en la denominada “zona de reserva de la administración”– resultantes de la Constitución Nacional (entonces art. 86, inc. 1.º).

Aunque algún tiempo antes la Corte en el caso “Serra” (1993)²⁵, había utilizado la locución “zona de reserva de la Administración”, fue a partir de este caso que utilizaría el término para señalar aquel tipo de actividad administrativa que, jurídicamente ejercida en el marco de la competencia asignada y en forma razonable, aseguraba que no habría interferencia del Poder Judicial.

Por ello, se dijo que en relación a la fijación y modificación de índices salariales a los empleados comportan criterios que

ingresan dentro de una materia en la cual, excepción hecha de las hipótesis de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta, procede respetar las opciones

²⁴ Fallos: 318:554. La Ley (LL) 1995-D-226.

²⁵ Fallos: 316:2454. LL 1995-A-397, con nota de ALBERTO BIANCHI.

valorativas y el margen de discrecionalidad indispensable de las autoridades administrativas, cuando actúan válidamente en la esfera de sus potestades constitucionales.

9. Con este camino descrito en un itinerario jurídico de la jurisprudencia de la Corte, se puede apreciar que desde una concepción restrictiva –o casi inexistente– sobre la posibilidad del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, inspiradas quizás en el temor de violentar la división de poderes, pilar del Estado de Derecho, se llegó al ejercicio efectivo del control judicial a partir de principios jurídicos fundamentales en la materia.

Y ese control comprendió desde el ejercicio de las diarias actividades típicamente administrativas, hasta aquellas de neto corte político en la medida que afectarían los derechos de los habitantes. Pero, en los últimos tiempos, a través de la utilización de criterios como el de la “zona de reserva” se estaría buscando canalizar debidamente el alcance del control y sus límites, esto es, sólo “controlar”, sin “sustituir” en la toma de decisión en el contexto de un margen valorativo de apreciación.

Un último adelanto en este camino lo demuestra lo decidido por la Corte Suprema *in re* “Verrocchi”²⁶, sentencia a través de la cual se abrió paso al control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, pese a un comienzo criticable cuando tuvo que pronunciarse el Tribunal *in re* “Rodríguez”²⁷, doctrina esta última que ha sido superada.

Estos son una serie de casos que muestran una situación existente hacia fines de los años '90. Sin embargo otros pronunciamientos posteriores, más cercanos en el tiempo, marcan a mi juicio un camino que institucionalmente muestra el rol que deben tener los tribunales, y que fue señalado por la Corte Suprema argentina. Ya hablaré de ellos hacia el final del presente trabajo.

III. Potestades regladas y potestades discrecionales

En el caso “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”²⁸, que, pese a su importancia científica, poco ha sido citado, contiene aspectos de inocultable trascendencia dogmática en la materia. La Corte revocó la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de Bahía Blanca, que había hecho lugar al amparo promovido contra el levantamiento de un programa que difundía la entidad por la Radio Nacional

²⁶ Fallos: 322:1726, de 1999. Merece destacarse que la causa “Della Blanca”, Fallos: 321:3123, de 1998, había constituido un adelantamiento de lo que luego se diría en “Verrocchi”.

²⁷ Fallos: 320:2851. ED del 2 de febrero de 1998.

²⁸ Fallos: 315:1361, 1992, LL 1992-E-100.

Bahía Blanca, ordenando su reposición, sosteniendo aquella que el derecho había sido otorgado a título precario, por lo que la revocación estaba sujeta a criterios de oportunidad, mérito o conveniencia²⁹.

Primeramente, la importancia está dada porque claramente distinguió las potestades regladas de las discrecionales, situando éstas dentro del principio de legalidad, porque discrecionalidad no significaba, entendió el Tribunal, ausencia de norma.

En segundo lugar, trajo a su jurisprudencia el consolidado criterio doctrinario³⁰ de que no existen actos totalmente reglados ni totalmente discrecionales:

frente el reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (...) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados ...

Destaco que la Corte señala muy bien desde el punto de vista dogmático que no existen actos “discrecionales” sino niveles de mayor o menor “potestad” discrecional.

En tercer lugar, define que el control de los actos dictados en ese marco potestativo es de legalidad, cuyo camino discurre a través de los elementos reglados del acto administrativo:

no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad ... , ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto ...

²⁹ El fallo fue firmado por los jueces LEVENE, BELLUSCIO, BARRA, NAZARENO, BOGGIANO y MOLINÉ O'CONNOR, mientras que los jueces FAYT, CAVAGNA MARTÍNEZ y PETRACCHI en disidencia votaron por la aplicación de la fórmula del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC), que permite que por su sola discreción la Corte rechace los recursos extraordinarios.

³⁰ GORDILLO, A. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 5.ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, págs. X-26 y sigs. ESCOLA, H. J.: *Compendio de Derecho Administrativo*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1990 (reimpresión), pág. 159.

Este pronunciamiento no contiene aspectos dogmáticos nuevos que no se hubieran dicho antes por la doctrina; pero su trascendencia fue que los tomó de ella para incorporarlos a su jurisprudencia.

IV. Discrecionalidad y orden jurídico

De la lectura del caso descrito anteriormente se desprende que la actuación discrecional está dentro y no fuera del orden jurídico. Ello se ve en una serie de casos.

1. En el caso “Galina”, de 1982³¹, donde la Corte anuló la expulsión contra el actor, alumno universitario, dispuesta a través de un procedimiento sumarísimo y sin previa audiencia, por el delegado militar de la Universidad Nacional de Córdoba, con sustento en las normas entonces vigentes. La anulación se sustentó en la falta de audiencia previa del actor y en la ausencia de elementos probatorios que apoyaran los informes suministrados.

La Corte recordó al efecto la reiterada doctrina de que no eran revisables las disposiciones tomadas en el orden interno por las universidades,

en tanto ellas respeten en sustancia los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y no constituyan un proceder manifiestamente arbitrario.

Mas precisó que ello no significaba legitimar las sanciones aplicadas invocándose causales cuestionadas por el impugnante,

si en el supuesto no se demuestra aunque sea indiciariamente la imputación que sustenta la medida. Lo contrario importaría admitir como único fundamento de la sanción la absoluta discrecionalidad del órgano investido de la facultad de sancionar, con lo cual se desconocerían los principios del sistema republicano...

2. En el caso “El Panamericano”, de 1982³², donde el actor pretendía que la Dirección de Vialidad construyera un camino que comunicara su estación de servicio y restaurante con el nuevo trazado de la ruta nacional N.º 9 o, en caso contrario, se indemnizaran los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida de ganancias. La Corte, confirmando la sentencia apelada, rechazó ambos planteos.

Respecto al primero, sostuvo que el “control de las decisiones discrecionales” —obsérvese la falta de precisión— “se limita a corregir una actuación

³¹ Fallos: 304:391.

³² Fallos: 304:721.

administrativa ilógica, abusiva o arbitraria”, y que dicha actuación “debe ser racional, justa, igual y proporcional, excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad...”

En cuanto al segundo planteo, confirmó que se había producido la prescripción de la acción, por aplicación del art. 4027 del Código Civil.

3. Luego de dicho precedente, otros pronunciamientos de tribunales federales enmarcaron el ejercicio de las potestades discrecionales en el marco de la legalidad.

Así, en el caso “Moreno”³³, del 22 de junio de 1983, la Cámara Federal de Mendoza, haciendo lugar al amparo deducido por el padre de una postulante a ingresar a una escuela normal, declaró la invalidez de una norma que fijaba una altura mínima para el ingreso (la postulante medía 1, 48 metros de altura).

Aunque aplicó el juicio de razonabilidad para declarar la invalidez, uno de los fundamentos que dio fue que

[n]o puede dejar de ponderarse que está de por medio, en el caso, el derecho –natural y constitucionalizado– de todo hombre a educarse, correlativo del deber del Estado ... de facilitar el acceso y la igualdad de oportunidades para recibir la enseñanza que imparte, sin perjuicio por cierto de los requisitos y condiciones que, válida y razonablemente, puedan establecerse para el ingreso a la docencia.

4. La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, de su lado, en el caso “Lépori”³⁴, del 11 de agosto de 1989, confirmó el rechazo de la demanda en la que un empleado de la Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos impugnaba el encasillamiento dado con motivo de una reestructuración. El juez HUTCHINSON en su voto (al que adhirió el juez GALLI), fijó claras pautas que constituían la doctrina del tribunal sobre el punto:

a) Que la organización del aparato administrativo es de competencia del Poder Administrador ... y que no puede desconocerse su facultad de sujetarse al efecto a su propio criterio de eficacia, quedando libre de censura judicial –no de control– lo que disponga en tal sentido.

b) Que, naturalmente, siempre que ello no contradiga el principio de legalidad y razonabilidad, exigencias estas que constituyen un principio general ineludible en el ejercicio de las potestades pública ...

³³ LL, 1984-A-117.

³⁴ El Derecho (ED) del 10 de mayo de 1990.

c) Que tal principio reclama, para el ejercicio de las referidas potestades, [1] la existencia de circunstancias justificantes, [2] fin público adecuado y [3] ausencia de inequidad manifiesta.

Algo más adelante agregó una fórmula que el juez HUTCHINSON utilizó en otros casos, y que, ciertamente, es de rico contenido:

la discrecionalidad de la Administración Pública no es una potestad ilimitada, pues el Estado de Derecho no consiente potestades tales. Todas ellas tienen un ámbito que no puede ser excedido, y consecuentemente, se halla aquélla sometida a controles.

5. Dos casos vinculados con militares dieron la oportunidad a la Sala III de dicha Cámara Federal a insistir sobre el encuadre jurídico del ejercicio de las potestades discrecionales.

En el primero, “Vercellotti”³⁵, del 13 de octubre de 1988, que se trataba de una acción de amparo deducida con motivo del pase a disponibilidad del actor, el tribunal rechazó la presentación y confirmó lo dispuesto por las autoridades militares. Si bien este pronunciamiento no contiene novedades en la materia, su valor como antecedente jurisprudencial está dado en que reúne en su texto la doctrina judicial aplicable respecto al control de la discrecionalidad (la división de poderes y la razonabilidad), pero destacó un párrafo que, sustentado en precedentes de la Corte, se expresó que la circunstancia que los jueces deban mantenerse dentro de su órbita específica en el ejercicio de la función,

sin menoscabar las funciones que incumben a otro poder ... ni declinar indebidamente las atribuciones que la constitución y las leyes les confieren para asegurar que el ejercicio de las atribuciones discrecionales de la administración respecto de sus empleados quede sujeto al control judicial de su legalidad y razonabilidad ...

El otro es el caso “Gaubeca”³⁶, del 12 de julio de 1996, relacionado con la acción ordinaria deducida contra una resolución que había modificado un régimen instituido para favorecer el retiro de personal militar. El tribunal sostuvo que en el caso el actor tenía un derecho adquirido a que el régimen no se modificara. Así, reconociendo que las alternativas para obtener una mejor racionalización del personal constituye una facultad privativa de la administración militar que integra el marco de discrecionalidad que las normas le atribuyen,

³⁵ LL, 1989-B-231.

³⁶ LL, 1997-B-384, con una interesante nota de NORA F. BURICCA: *Interesante fallo sobre la discrecionalidad administrativa*. Confirmado por la Corte en Fallos: 320.2491.

[e]llo no impide, empero, que en el uso de esa potestad discrecional pueda aparecer autovinculada reglamentariamente cuando los procedimientos por ella fijados para concretar ese objetivo establecen aspectos reglados que pueden comprender distintas cuestiones o momentos del procedimiento.

En otros términos, el ejercicio de la discrecionalidad a través de la fijación de un régimen determinado, implica para quien lo dicta una forma de autolimitación de la libertad de opción que jurídicamente ostentaba antes de la toma de decisión, y, por lo tanto es su deber cumplir con la norma que se impuso, como ocurrió en el caso.

6. Por último, esta mención de precedentes creo que puede coronarse con lo dicho por la Corte *in re* “Consejo de Presidencia” –y que inspira el título del acápite–, en el sentido que

la esfera de discrecionalidad ... no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable.

7. En este acápite se expuso la doctrina de la sumisión del ejercicio de la discrecionalidad al ordenamiento jurídico, que aparece constituido en primer lugar por el orden jurídico positivo y luego por otros principios como son los emanados del Derecho Natural (“Moreno”). Mas no significa excluir otras fuentes de la legalidad (en sentido lato) como son los principios generales del Derecho, sobre los que se expondrá más abajo en el acápite VI.

8. Un pronunciamiento de la Corte Suprema del año 1996 *in re* “Vera González”³⁷ ha traído a la arena del control de la discrecionalidad un tema que hasta entonces que aparecía indiscutido: la potestad revocatoria *ad nutum* de los permisos precarios. Allí dijo el Alto Tribunal:

resultan dogmáticas por ausencia de una adecuada fundamentación las afirmaciones de la corte local concernientes a la naturaleza precaria de la autorización provisoria otorgada para la utilización de postes del tendido eléctrico de la ciudad de Catamarca, y a la justificación del ejercicio de la facultad revocatoria de la Dirección de Energía. Ello es así, pues no se ha considerado que aun tratándose de actos de carácter precario, su revocación se encuentra condicionada a la existencia de motivos serios y razonables que lo justifiquen; máxime, si se advierte que las circunstancias de hecho iniciales se mantuvieron inalteradas al tiempo de la revocación.

Las consecuencias dogmáticas de este pronunciamiento son suficientemente trascendentes para merecer un tratamiento más profundo. Pero cuanto menos

³⁷ Fallos: 319:1899.

me permito señalar que su virtud a mi juicio está dada porque ha abierto una puerta aún más importante en punto a exigir casi al máximo la aplicación del principio de razonabilidad y juridicidad del obrar administrativo. Es decir: aunque un instituto iusadministrativo como el permiso de uso sea esencialmente revocable (por ser precario), su revocación necesita estar justificada, de donde, *a fortiori*, se sigue tanto para éste como otros supuestos que al juez se le debe decir *porqué* (y fundadamente) se toma una determinada decisión administrativa, en punto a valorar su juridicidad.

V. Noción conceptual de la discrecionalidad

1. En el caso “Consejo de Presidencia”, la Corte ensayó un criterio conceptual, que, tiene indudable contenido docente y que conviene reproducir por su utilidad:

mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)–, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completar el cuadro legal y condicionara el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerlo, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional).

2. De su lado, la Sala II de la CNACAF en el caso “Loiácono”³⁸, del 30 de marzo de 1995, dijo que

la discrecionalidad supone siempre una habilitación normativa, que se encuentra configurada por una atribución de potestad, debiendo estar sujeta al marco jurídico que la contiene.

Sobre esa base, la actividad discrecional de la Administración –en cualquiera de sus manifestaciones– comporta una actividad en principio exenta de control judicial, correspondiendo sólo a los magistrados intervinientes ponderar si se encuentran vulneradas la razonabilidad, buena fe y desviación de poder, en tanto límites del obrar administrativo aún en tal aspecto discrecional.

3. Más allá de mi discrepancia con algunos aspectos del criterio de la Sala II, que expondré más abajo (adelantando que considero que “todo” es controlable judicialmente, con la diferencia que los alcances varían según se trate de

³⁸ Inédito.

potestades regladas o discrecionales), los citados párrafos presentan una utilidad suficiente para deslindar adecuadamente la discrecionalidad.

A ello considero útil para perfilar la discrecionalidad, traer aquí una frase puesta por el juez CARLOS MANUEL GRECCO en su voto in re “Picos”³⁹, donde, con acierto, señaló que, en ese caso –que trataba del encuadre dado por una junta de calificaciones–, la discrecionalidad debe entenderse “como posibilidad de optar entre alternativas igualmente legítimas dentro de un marco de realización axiológica”.

VI. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, sumamente atrapante, por cierto, en la medida que se busca por medio de ella arribar a una solución justa del caso, de modo así de sustituir o, en todo caso, restringir al máximo posible la discrecionalidad, fue recibida en nuestra jurisprudencia, aunque con las reservas que se señalarán.

1. En el caso “Caamaño”⁴⁰, del 2 de agosto de 1994, donde el actor pretendía que se le otorgara la concesión de la explotación del juego de “loto” por la Lotería Nacional (Sociedad del Estado), para cuya denegación ésta invocaba como fundamento la “baja recaudación”, la Sala I de la CNACAF, a través del voto del juez GRECCO, dijo que se trataba esa locución de un

concepto jurídico indeterminado que a la administración compete primariamente determinar, articulando, por norma o acto, los extremos que lo conforman.

Al advertirse la carencia de fundamento –y esto es interesante hacer notar– se devolvió el expediente a la demandada para que en el plazo de treinta días se pronunciara fundadamente sobre la petición del actor.

Tiempo después la misma Sala y Juez reiteraron la locución en el caso “Díaz”⁴¹, del 9 de mayo de 1995, vinculado con una calificación (y pase a retiro) dispuesto como consecuencia de la valoración de la junta de calificación de la Policía Federal, dijo dicho Magistrado que

estas apreciaciones “conjuntas” reúnen múltiples conceptos jurídicos indeterminados que a la Administración corresponde conjugar, sin que pueda tal valoración ser sustituida por los Tribunales, aunque ello no excluya la vinculación al procedimiento, a la finalidad del acto y a los principios generales

³⁹ CNACAF, Sala I, 4/8/94, inédito.

⁴⁰ LL, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 27/5/96, con nota de ALBERTO DIEGO SARCIAT: *Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*.

⁴¹ Inédito.

del Derecho. Cuando la jurisprudencia, precisamente, se refiere al margen de discrecionalidad y a la ponderación de factores que son de la exclusiva competencia de la Administración en su examen y de su criterio privativo, alude a este criterio de conjugación de conceptos jurídicos indeterminados. Y cuando la comprensión de la situación total es definitiva, no escindible, ni describible, la apreciación no es participable y, por consecuencia, no es revisable.

(...) El juez dice el Derecho, y el Derecho está constantemente definiendo ámbitos de discrecionalidad, encontrando por ello la judicialización plenaria un límite en la interdicción a los Tribunales para invadir los ámbitos de competencia de los demás poderes constitucionales.

2. Otro caso donde se aplicó la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados fue en la causa “Edelmann”, del 11 de abril de 1997, que se debatía, entre otras cuestiones, el grado con el cual el actor debió haber pasado a retiro. Se utilizó el término cuando al estudiar el alcance de la exigencia que debía tener el personal para, luego de la realización del curso ser confirmado en el grado, “acreditar ... condiciones generales y militares compatibles con su grado y situación”, dijo que es un “supuesto de un concepto jurídico indeterminado –cuyo efecto es constreñir aún más el margen de la discrecionalidad...”

3. En el caso “Mocchiutti” (1997)⁴², posterior al caso “Edelmann” (es del 4 de noviembre de 1997), donde se cuestionaba la validez constitucional de la normas de la Universidad Nacional de Córdoba que establecían que para los concursos de los titulares de cátedras participaran delegados de los alumnos con voz y voto. La Corte, confirmando el pronunciamiento de la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba, consideró que al referirse el estatuto universitario que las normas de concursos “han de asegurar la formación de jurados de idoneidad e imparcialidad indiscutibles”, la citada norma

delega en los órganos del gobierno universitario la atribución de reglamentar los procedimientos de selección de docentes a través de un concepto jurídico de contenido acotado que restringe el marco de la discrecionalidad administrativa sobre la materia, y que no es otro que la exigencia de la idoneidad indiscutible ... (consid. 8.º).

Ciertamente, poco puede dudarse que nos encontramos ante situaciones similares en los pronunciamientos de la CNACAF y la Corte porque no sólo entre “concepto jurídico de contenido acotado” y “concepto jurídico indeterminado” no hay en su estructura semántica diferencia alguna, sino porque en ambos tribunales se utilizó la idea como modo de restringir aún más la discrecionalidad administrativa.

⁴² Fallos: 320:2298.

VII. El control por los principios jurídicos

El control mediante los principios jurídicos o principios generales del derecho, según se los quiera rotular, ostentan una aristocrática jerarquía en el derecho administrativo porque son los que, en un derecho netamente jurisprudencial, permitieron que los jueces pudieran arribar a las soluciones justas de los casos que la realidad les ofrecía.

No es este el lugar oportuno para ilustrar sobre qué son ellos. Para los iusnaturalistas no nos ofrecerán mayores dudas, porque sabemos, y estamos convencidos, que se desprenden del derecho natural. Pero, ¿qué les decimos a quienes no comparten semejantes principios filosóficos, éticos o religiosos que nosotros? Simplemente, son aquellos que la humanidad descubre en la realidad y en los que participan todos aquellos grupos sociales asentados en un desarrollo de los valores fundamentales de la persona, que son su dignidad y libertad, que, como reflejo, se proyectan en la sociedad, como medio en donde ella vive y se desarrolla.

Esos principios nacidos a través de la costumbre, la tradición, el *common law* o plasmado en el derecho escrito, se rezuman por todos los intersticios jurídicos y que sólo la negligente ceguera o miope tozudez se niega a reconocer. Basta recordar que SÓFOCLES en *Antígona* le hace decir a su heroína: “...no creía yo que tus decretos tuvieran tanto fuerza como para permitir que sólo un hombre puede saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron.”

Llámense principios, principios jurídicos y hasta –en un grado superior– valores, ellos son pilares de todo ordenamiento, aún el positivo, sin los cuales éste carecería de entidad vivencial, o, en otros términos, no existiría.

Los principios generales del derecho constituyeron un arma formidable de los tribunales para controlar y juzgar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, muy especialmente entre ellos, el principio de razonabilidad, como ahora se verá.

1. El caso “Industria Maderera Lanín” (1977)⁴³ es ciertamente paradigmático y si bien ha sido citado reiteradamente por la Corte, lo cierto es que en nuestro derecho administrativo pocos autores le han dado relevancia paradigmática en esta materia por su riqueza jurídica, puesto que serviría de referencia insoslayable en punto al control judicial mediante el juicio de razonabilidad de la actuación administrativa.

⁴³ Fallos: 298:223.

Estaba en juicio una demanda de la empresa contra la Dirección de Parques Nacionales que en forma omisiva había retaceado la entrega de la concesión de una zona forestal convenida al momento de otorgar una autorización para llevar un estudio e inventario forestal de dicha zona.

La Corte tuvo en cuenta en primer lugar que la interpretación llevada a cabo respecto a las normas aplicables a la situación de la demandante (que aparentemente prohibían el otorgamiento de ciertas concesiones o permisos de explotación) que en situaciones similares se habían otorgado los permisos correspondientes lo cual “habría puesto de relieve un sentido de igualdad de oportunidades para quienes se hallasen dentro de una razonable paridad de condiciones (art. 16, Constitución Nacional)”, utilizando así en primer lugar el principio de igualdad para el ejercicio del control, y anticipando el de razonabilidad.

Seguidamente advirtió que el comportamiento de la entidad en cierto momento “se tornó francamente arbitrario”, creando obstáculos que “frustraron luego toda expectativa razonable de aprovechamiento forestal por parte de la accionante”, con lo cual aparecía un segundo principio que es el de confianza legítima, y agregando luego un principio que sería de mención constante en la jurisprudencia:

la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.

Concluyó la Corte que en el caso la administración había incurrido “en una conducta discriminatoria y entorpecedora del ejercicio de los derechos de la accionante, excediendo la razonabilidad propia de los actos administrativos”, por lo que reconoció el derecho a una indemnización a la actora por los daños ocasionados.

2. Los casos “Almirón” (1983)⁴⁴ y “Arenzón” (1984)⁴⁵, en la misma línea que el caso “Moreno” de la Cámara Federal de Mendoza antes citado, son modelos en materia de control de la razonabilidad de reglamentos administrativos. En el primero se confirmó la procedencia de la acción de amparo deducido por la madre de una postulante al ingreso al profesorado de geografía en virtud de la falta de aptitud sicofísica que presentaba por faltarle visión en el ojo izquierdo.

⁴⁴ Fallos: 305:1489.

⁴⁵ Fallos: 306:400.

La Corte, luego de recordar la doctrina del precedente “Industria Maderera Lanín”, consideró que la exigencia significaba “un atentado, en el caso, al pleno ejercicio de los derechos de aprender y enseñar consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional”, que se agravaba porque en el caso no se presentaban “argumentos que justifiquen un mayor debate en el tema y las razones que se esgrimen para avalar la prohibición impuesta a la menor son inconsistentes ... e irrelevantes ...”

De similares características fue el caso “Arenzón” donde la Corte también confirmó la procedencia de la acción de amparo deducido ante la negativa del ingreso a un instituto nacional de profesorado en la especialidad matemáticas y astronomía por no tener la postulante la altura mínima exigida de 1,60 (ella tenía 1,48 m.), repitiendo la doctrina de “Industria Maderera Lanín” y “Almirón”, y advirtiendo además *la carencia de “estudios y fundamentos técnicos”* que apoyaran la postura del ministerio demandado.

Merece señalarse que el voto mayoritario llevó las firmas de los jueces CARRIÓ, CABALLERO y FAYT, mientras que los jueces BELLUSCIO y PETRACCHI formularon su voto concurrente que si bien siguió la misma línea de pensamiento de aquéllos, profundizó los fundamentos sobre una base que reflejaba una dura crítica a los argumentos esgrimidos por la defensa estatal y a las bases en que se sustentaba la norma declarada inválida.

3. El caso “Asociación de Balanceadores”, de la Sala I de la CNACAF, del 2 de agosto de 1994⁴⁶, donde se cuestionaba la decisión del Director Nacional del Registro Oficial de prohibir que los corredores de comercio suscribieran los avisos de transferencia de fondos de comercio, pese a que anteriormente se había admitido como práctica administrativa que ello se hiciera, sin que, por lo demás, existiera norma que lo prohibiera.

El juez CARLOS MANUEL GRECCO en su voto con sustento en la doctrina italiana⁴⁷ sostuvo que en el caso había una práctica que constituía “una «interpretación objetivada» que autovincula al órgano administrativo”, de modo tal que si

mediante un comportamiento habitual y repetido en el tiempo la Administración ha formulado una interpretación objetivada de la norma que de un lado autolimita y de otro confiere a una expectativa legítima del particular, bien se comprende que su eliminación requiere una motivación más detallada que la que puede surgir de un comportamiento fáctico contrario a la práctica inveterada.

⁴⁶ Inédito.

⁴⁷ Las citas fueron de CARULLO, A.: *La prassi amministrativa*, Cedam, Padua, 1979; y VIPIANA, P. M.: *L'autolimita della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1990.

De allí concluyó que ante tal situación creada por el mismo órgano, sólo fuera el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus potestades reglamentarias derogara la praxis.

La importancia de este pronunciamiento está dada porque junto con el caso “Industria Maderera Lanín” y otros pronunciamientos del fuero que le siguieron, admitió la protección de la confianza legítima de quienes, al amparo de una conducta administrativa se les había creado la una legítima confianza, principio este de gran aplicación en el derecho comunitario, y que aquí se ha visto reflejado en una serie de pronunciamientos de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, como el citado caso “Asociación de Balanceadores”, “Exolgan” (del 21 de setiembre de 1998), de la Sala V, “Itoiz” (del 11 de mayo de 2000) de la Sala IV, “Sociedad de Distribuidores de Diarios y Revistas” (del 26 de abril de 2000), de la Sala III, o “AADI-CAPIF” de la Sala I, del 27 de junio de 2000.

4. El principio de la interdicción de la arbitrariedad, debido a la pluma de GARCÍA DE ENTERRÍA y consagrado en la Constitución Española puede considerarse un principio general del derecho, que surge de la realidad misma. En otros términos, el Derecho es opuesto a la arbitrariedad, esto es, todo aquello que se sustente en la mera voluntad del órgano o que tenga un fin distinto al que deben ostentar los actos de los poderes públicos.

En tal sentido, con la comprobación de uno de los más dificultosos vicios de los actos administrativos, como es la desviación de poder, se aplica, en definitiva el principio señalado. No muchos ejemplos pueden encontrarse en la jurisprudencia, dada, precisamente dicha dificultad. Uno de ellos es el caso “Ambrós” de la Sala IV de la CNACAF, del 31 de agosto de 1994⁴⁸, donde la jueza MARÍA JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS en su voto tuvo en cuenta que el traslado del interno del actor no había obedecido a razones de servicio, sino a evitar que, como técnico que llevaba a cabo tareas de auditoría –para lo que había ingresado por concurso especial–, cumpliera su función, incurriéndose entonces en una desviación de poder.

Otro caso análogo lo constituyó la causa “Marenco”, del 16 de abril de 1998⁴⁹, que tramitó ante la CNACAF donde se comprobó que la baja “por razones de servicio” no tenía justificativo alguno, salvo la intención de separar del cargo y designar luego a otro.

⁴⁸ LL del 10/4/95.

⁴⁹ ED del 17/7/98.

VIII. El alcance del control judicial

De lo dicho anteriormente se desprende una pregunta: ¿cuál es el alcance del control judicial?

1. Es reiterada la manifestación jurisdiccional que el control se ciñe sólo a las cuestiones de legitimidad, excluyéndose las vinculadas a cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia. Está de por medio la idea de que el juez sólo es de derecho y que si el Poder Judicial evaluara tales cuestiones de mérito estaría violando la división de poderes, que constituye en nuestro país una lucha constante que los tribunales se han esforzado en preservar. Y en tales cuestiones de mérito están comprendidos aquellos actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales.

Claro que ante esas cuestiones ha sido común que cuando los tribunales se encuentran expresen en forma preliminar a cualquier análisis que ellas están excluidas en principio del control judicial. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha buscado dar el debido alcance al sentido de tal expresión. De tal modo, dos pronunciamientos de la CNContadm., sala I, del 11 de mayo de 1997 (“Edelmann”) y del 16 de abril de 1998 (“Marengo”), se ha dicho que *toda la actividad de la Administración Pública es controlable o revisable por el Poder Judicial*, pero cuando se trata del ejercicio de actividades discrecionales varía el *alcance o extensión* de tal control.

Es decir, la idea es que para determinar si una cuestión es o no revisable por el Poder Judicial, el juez necesita primero estudiar la causa y no manifestar simplemente que ella se excluye de su conocimiento. Y si no puede ser controlable por el juez, éste debe decir por qué no lo es, de forma que esa imposibilidad precisa surgir de un profundo estudio previo que el juez expresará en su sentencia.

Estimo oportuno reproducir las palabras de mi compañero de Sala, el juez BUJÁN, quien en la causa “Marengo” sostuvo estas ajustadas palabras:

Prescindiendo una vez más de las cuestiones terminológicas que abruma a los administrativistas, lo que me interesa destacar es que no existe campo alguno de la actividad administrativa cuya revisión judicial esté excluida o limitada por alguna razón intrínseca a aquél, claro está que con los distintos alcances según se trate de actividad administrativa reglada o discrecional. Como fundamento de ello basta con remitir a las normas contenidas en los arts. 18, 23, 108 (94), 109 (95), 116 (100) u 117 (101) de la Constitución Nacional.

Sentada entonces la revisión judicial plena, suficiente y adecuada del acto administrativo, tanto en el caso de facultades regladas cuanto en el de discrecionales (...) afirmamos que ningún acto es totalmente irrevisable por tener algún contenido discrecional; sólo podrá serlo en esa parte discrecional, en aquello en que el funcionario puede emplear su propio criterio sin encontrarse normativamente obligado a actuar de una forma determinada.

En ese sentido, la Cámara que integro exige que el juez contencioso administrativo diga porqué un acto no puede ser revisado o controlado por él. No nos gustan meras afirmaciones dogmáticas, sin sustento en los hechos y el derecho aplicable. Como ha escrito el profesor JULIO RODOLFO COMADIRA, “[a] partir de la juridización de la discrecionalidad, su control judicial deriva como una consecuencia lógica, habida cuenta de que ese control se realiza, justamente, por medio de un juicio de valor en el cual se mide el grado de adecuación de la conducta administrativa a la juridicidad”⁵⁰.

Por ello, ha dicho el profesor CASSAGNE que “la configuración de un círculo o bloque de discrecionalidad (cualquiera que sea su extensión) incide sobre la densidad del control, el cual se circunscribe a la comprobación de si se configura o no, en el caso, el ejercicio del margen de apreciación o libertad preceptuado por la norma, ya que la elección de una posibilidad entre dos o más igualmente justas no compete a los jueces sino a la administración”⁵¹.

Completando ese pensamiento dijo también que “en principio, no existen zonas de la actividad administrativa que estén fuera del control judicial. Una tesis semejante sólo tendría cabida forzando la concepción del Estado de Derecho, que tiene como eje central la fiscalización de los actos administrativos por un poder imparcial e independiente, ya se trate de conceptos jurídicos determinados o indeterminados, como de actos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales”.

2. Un tema ciertamente no agotado, quizás más que nada porque no se lo ha querido enfrentar, es el referente a si el juez puede sustituir la decisión administrativa. No cabe ninguna duda que cuando la conducta está legalmente tasada, como cuando se determinan los recaudos para el reconocimiento de un derecho (por ejemplo, el encuadre como infortunio ocurrido “en y por acto del servicio” de un agente de la policía federal), la conducta del juez en dichos supuestos sólo consiste en aplicar la ley y no en sustituir los criterios de la Administración.

⁵⁰ COMADIRA, J. R.: “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, en *ED* del 29/3/2000.

⁵¹ CASSAGNE, J. C.: “La revisión de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 3, págs. 25 y sigs.

Pero en los casos del ejercicio de potestades discrecionales, como por ejemplo en la evaluación de un concurso universitario, o en la imposición de una sanción, ¿podría el juez decir quién es el mejor candidato, o reducir la sanción?

Un primer precedente sobre este punto estimo encontrarlo en una sentencia de la Cámara Nacional en lo Civil del año 1976, recaído en el caso “De Vicenzi”⁵², que trataba de la impugnación de un concurso cerrado para cubrir el juez CICHERO, donde, aparte de la anulación, la actora requería que se le asignara el primer término en el concurso (ella había resultado segunda en orden de méritos). La cámara revocó la sentencia de primera instancia, anuló el concurso por inobservancia de las reglas aplicables, pero no hizo lugar a la sustitución en base a que

un pronunciamiento de esa especie llevaría implícito el juzgamiento de los méritos de los concursantes, lo que es materia privativa del Poder administrador a quien constitucionalmente compete el nombramiento y la remoción de funcionarios y empleados de la Administración pública... El control judicial no puede ejercerse sobre actos de esa índole sin exceder la órbita de sus facultades.

En el caso “El Panamericano” (1982), la Corte sostuvo el siguiente principio: “La competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva.”

El caso “Orías” (1994)⁵³, se relacionó con el recurso extraordinario deducido a raíz de la declaración de nulidad dispuesta por la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba de la decisión de la Universidad Nacional de Río Cuarto de dejar sin efecto el llamado a concurso para cubrir un cargo de titular –que invocaba razones administrativas, presupuestarias y académicas–, sosteniendo el tribunal federal que el acto tenía los vicios de falta de causa y desviación de poder, al tiempo que ordenó que se continuara con el concurso.

La Corte, se enfrentó a dos cuestiones fundamentales en este campo: la primera referente al control de la decisión de la Universidad; sobre ésta, sin perjuicio de recordar su doctrina sobre el ejercicio de las potestades propias de las universidades en su ámbito disciplinario y académico, consideró que la sentencia apelada estaba fundada.

La segunda, y quizás más delicada, se refería a la posibilidad de sustituir la decisión de las autoridades universitarias, al ordenar que se continuara con el concurso. Al respecto, dijo que

⁵² Cámara Nacional Civil, Sala E, LL 1977-C-81.

la nulidad decidida... no autoriza la imposición de aquélla conducta: pues el Poder Judicial, al comprobar la existencia de dicho vicio en un acto que, como en el caso fue dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes. Pero, al resolverse del modo cuestionado, la Cámara ha obligado ... a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de los jueces, violando así el principio de división de los poderes del Estado (Fallos: 256:359; 300:57).

Con dicho párrafo señalaba algo que es fundamental, y que lo veremos reiterado en otros casos: cuando se trata del control del ejercicio de las potestades discrecionales, el Poder Judicial sólo puede anular, pero no sustituir a la Administración.

Y con esto se vuelve al origen de la cuestión, pero bajo una distinta óptica: la división de poderes en relación al control de la discrecionalidad no significa un impedimento para la actuación de los jueces, sino la limitación al poder de sustitución, cuando se trata del ejercicio de tales potestades.

Pero existen supuestos en los que la cuestión se torna dudosa y en un caso que tuvimos en nuestra Sala⁵⁴ se nos presentó la siguiente situación: un suboficial del Ejército, que había obtenido el orden de mérito suficiente para ascender, existiendo, además las vacantes necesarias, fue superado por otro suboficial gracias a la modificación ilegítima de los reglamentos. Nuestra Sala primero anuló la norma que, quebrando el principio de la legalidad y del orden jerárquico normativo, había impedido el ascenso del actor. Pero se planteó una segunda cuestión: ¿podía disponerse el ascenso por el tribunal? Nuestra respuesta fue afirmativa, a cuyo fin aplicamos la idea de que al fijar el orden de méritos (el actor era último en la lista de postulantes que podían ascender) la administración no había hecho otra cosa que autolimitarse a través de la aplicación de los procedimientos reglamentarios. Es decir: primero determinaba las calificaciones y luego el orden de mérito; al obrar así ya se había limitado en el ejercicio de las opciones que le daban las normas reglamentarias. De allí que al decidir el ascenso sostuvimos que lo único que se hacía era aplicar la norma que determinaba el ascenso de quienes habían obtenido el orden de mérito para cubrir las vacantes existentes.

Este criterio ha sido aplicado en España por el Tribunal Supremo en supuestos que BELTRÁN DE FELIPE –siguiendo a TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ– denomina “jerarquización formal” o de priorización expresa de candidatos, en el que la anulación podrá equivaler a la sustitución, pues bastará, se

⁵³ Fallos: 317:40.

⁵⁴ “Ríos”, del 2/3/99, confirmado luego por la Corte, por vía del art. 280 del CPCC (antes visto), el 7/3/2000.

sostiene, “con correr el turno *sin por ello rehacer la valoración científica de los candidatos*”⁵⁵.

En esa línea se puede mencionar un caso que también se sustanció en mi tribunal⁵⁶, que se trataba de un reencasillamiento de una empleada (el escalafón había cambiado y era necesario acomodar las jerarquías antes existentes a las nuevas). Al comprobarse que objetivamente no se habían dado las razones que justificaran haberle asignado una jerarquía menor a la de otros empleados que desempeñaban similares tareas, se decidió, directamente, asignarle por el tribunal la jerarquía equivalente a la de otros empleados.

No puede dejarse de lado que muchas veces, ante la posibilidad de que el juez pueda decidir sin afectar la división de poderes ni los ámbitos propios de actuación de los otros poderes, es preferible que se sustituya, en la medida que existan pautas que lo permitan. Con ello se evitan idas y venidas de la Justicia a la Administración y de ésta a aquélla. El tema es ciertamente debatible.

IX. Actualidad en materia de control

Nuestra Corte Suprema en los últimos tiempos dictó una importantísima sentencia en la que, a mi juicio, mostró una línea que, espero que se mantenga, en cuanto al control de los actos de los poderes públicos, especialmente el legislativo.

En efecto, en el caso “Ángel Estrada”, del 5/4/2005⁵⁷, donde se volvió a tratar el tema recurrente en nuestro país de la constitucionalidad de los tribunales administrativos, señaló que la creación de ellos por el legislador “para sustraer la materia de que se trate ordinarios deben estar razonablemente justificados”.

Ello significa, en otros términos, que no basta que esté sustentada en una ley formal la sustracción de cualquier competencia a los tribunales judiciales para transferirla a los administrativos que se crearen, sino que debe ser *razonable*. Esto significa restringir la autolimitación que era propia de los jueces cuando juzgaban sobre estas materias, aceptando de plano lo dispuesto por el legislador, sin confrontarlo sustancialmente con el contenido de la Constitución.

Por cierto que no es dicho caso el único que se puede citar en punto a marcar las líneas de nuestra Corte, pero lo expuesto basta para tener un panorama de lo que ocurre en mi país, y no excederme del tiempo ni del espacio.

⁵⁵ BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, Págs. 148-149. La obra que cita de FERNÁNDEZ es *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, 1994, págs. 171 y sigs.

⁵⁶ “Nefes”, del 10/4/2007.

X. Conclusión

No cabe dudas que cuando se habla de la discrecionalidad a más de uno se le eriza el sentimiento jurídico en la inteligencia a punto tal de recordar el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA que HANS HUBER dijo que el poder discrecional es el verdadero caballo de Troya en el Derecho Administrativo⁵⁸.

Me parece que ello es exagerado, porque una cosa es hablar desde fuera de la función pública (de carácter permanente o política) y otro estar en ella, donde se comprueba que quienes están en la oposición, cuando son poder hacen lo mismo que quienes critican. Y esto no sólo aquí.

Creo que las discusiones que se formulan en el campo jurídico muchas veces giran en torno a la posición que adoptan quienes exigen el control judicial y quienes buscan cuanta alquimia sea posible para restringirlo al máximo: todo depende dónde se ubican, porque si están del lado de la oposición tomarán la primera, mientras que si, luego, acceden al poder, y son operadores jurídicos del gobierno de turno, tomarán la segunda. Muchas discusiones sobre la discrecionalidad han escondido bajo el ropaje jurídico una cuestión política⁵⁹.

Como vemos, en definitiva es una dura y constante lucha entre la autoridad y su control: algo tan viejo como la humanidad. Por ello quizás más que denostar la discrecionalidad lo que se debe hacer es situarla en su debido cauce: el del ordenamiento jurídico.

Yaquí el rol primordial es el del hombre de Derecho, quien, en la Administración debe luchar contra los tecnócratas para quienes el Derecho es un dato y la Constitución un papel que estorba (muy especialmente para ciertos politólogos que pretenden que la política enmarca el Derecho, y no, como debe ser, todo lo contrario).

Así como IHERING habló de la lucha por el Derecho, quienes estamos en el ámbito del Derecho Administrativo sabemos también que la lucha contra las inmunidades del poder es una lucha contra la arbitrariedad, puesto que en muchos casos, por más que ciertas autoridades, políticos, representantes o funcionarios se llenen la boca con sus manifestaciones de si vocación y conducta democráticas, no hacen otra cosa que esconder un autoritarismo de cariz rayano en lo despótico, que hace acordar la frase de Antífona "...la tiranía

⁵⁷ Fallos: 328:651.

⁵⁸ Ob. cit., pág. 24.

⁵⁹ Esto hace recordar en cierto sentido la frase del Príncipe de Salina de *El gatopardo*, de GIUSEPPE TOMASI DE LAMPEDUSA: "Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie."

tiene, entre otras muchas ventajas, la de poder hacer y decir lo que le venga en gana”⁶⁰, a lo que yo añadiría: sin control judicial.

Ahora bien, es igualmente indispensable reconocer a la Administración el ejercicio de un adecuado margen de discrecionalidad para cumplir con el fin de realizar el bien común. Para ello cuenta con ese instrumento que es la potestad discrecional y que nosotros, abogados del foro, asesores, abogados del Estado, jueces y doctrinarios debemos bregar y luchar para que su ejercicio se encuadre en la observancia estricta del principio de la legalidad administrativa, de modo que, ante su quebrantamiento el administrado –a quien en concreto debemos servir– pueda decir, estar seguro y amparado por la ley, como dijo don Rodrigo a Felipe II en la ópera *Don Carlo*, del inmortal VERDI, “la legge è scudo a me”.

⁶⁰ SÓFOCLES: *Antífona*, 505.

FACULTADES REGLAMENTARIAS DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS EN ARGENTINA

Ismael Mata

I. Antecedentes de la regulación

Desde la sanción de la Constitución de 1853 –en adelante CN¹–, que marcó el comienzo de la organización nacional, la política económica siguió el modelo liberal, inspirado en la doctrina de Juan Bautista Alberdi que fue su autor intelectual. De acuerdo con ello, el sistema federal argentino articuló la autonomía de las provincias con un principio de triple unidad en lo político, jurídico y económico²; en este último aspecto y como factor de cohesión del sistema, se introdujo la unidad económica o de mercado, con la finalidad explícita de asegurar el “bienestar general” (Preámbulo de la Constitución), la “prosperidad del país”, el “adelanto y bienestar de todas las provincias” y, con la reforma de 1994, “la productividad de la economía nacional”³.

Con esos objetivos generales, la CN adopta las siguientes políticas:

- 1) la exclusividad de las aduanas nacionales (Art. 9º);
- 2) la circulación de bienes libre de derechos en el interior de la República, tanto de los de producción o fabricación nacional como los despachados desde las aduanas (Art. 10º);
- 3) la prohibición de los derechos de tránsito para tales bienes y los medios que los transporten (Art. 11º);
- 4) la libre navegación de los buques destinados de una provincia a otra y la prohibición de conceder preferencias a un puerto respecto de otro (Art. 12º);
- 5) la libertad de navegación de los ríos interiores para los buques de todas las banderas (Art. 26º); y

¹ La llamada Constitución histórica fue la sancionada en 1853, con la modificación de 1860, posteriormente tuvo tres reformas en los años 1949, 1957 y 1994.

² V. MATA, I.: “El Federalismo Argentino”, en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, págs. 35-58.

³ Artículo 75, incisos 18 y 19, CN.

6) para asegurar la finalidad de unidad económica, la asignación de la competencia exclusiva al Congreso Federal en las materias que contribuyen a esa unidad, en particular:

- a) la legislación sobre aduanas y el establecimiento de los derechos de importación y exportación, los cuales y los avalúos sobre los que se apliquen, deben ser uniformes para todo el país (Art. 75, inc. 1);
- b) reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos y crear o suprimir aduanas (Art. 75, inc. 10);
- c) hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras, y adoptar un sistema uniforme de pesas y medidas para toda la Nación (Art. 75, inc. 11);
- d) reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí, (Art. 75, inc. 13); y
- e) arreglar y establecer los correos generales de la Nación (Art. 75, inc. 14).

En ese marco, hasta la Primera Guerra Mundial, la política económica liberal limitó el papel del Estado a la administración de la moneda, las tierras fiscales y las aduanas, siendo éstas las que proporcionaban los mayores ingresos del Tesoro. Luego de la mencionada Guerra, comenzó una etapa de intervención económica del Estado, a través de medidas de política monetaria, bancaria, de control de cambios, de protección aduanera, de restricciones sobre los contratos de locación y de préstamos hipotecarios y, en especial, de fomento económico mediante las llamadas “juntas reguladoras”.

Con respecto a este último medio de intervención, corresponde señalar que la regulación puede ser de diferentes clases y al respecto, la teoría económica identifica las siguientes: a) de fomento, promoción o desarrollo; b) de control o prevención; y c) de solidaridad o finalidad social. Las señaladas en primer lugar configuran una acción de intervención destinada a favorecer actividades o sectores de la producción, brindándoles mejores condiciones que las que pueden obtener en el mercado. Un ejemplo, es la llamada política de “orientación del poder de compra del Estado”, que se aplica a los contratos públicos y que consiste en otorgar preferencias a los bienes o productos de origen nacional (“compre argentino”) o exclusividad a las empresas nacionales en la contratación de servicios de obra o consultoría (“contrate nacional”) o una combinación de ambas (“compre trabajo argentino”).

La segunda modalidad de regulación tiene por fin impedir que quienes producen bienes o servicios impongan condiciones abusivas a los consumidores o usuarios; en lenguaje económico, esta política “interfiere” en el mercado para responder a “fallas” de su funcionamiento, las que consisten en monopolios, asimetrías en la información o externalidades negativas. Se trata de la respuesta típica del Estado ante la prestación de servicios públicos en condiciones de monopolio natural, o sea, con producción de ventajas económicas (economías de “escala” o de “alcance”), pero con riesgo de abuso de posición por parte del prestador⁴.

La regulación de solidaridad o de finalidad social, tiende a la protección de los grupos sociales carenciados o en condiciones de vulnerabilidad, brindando asistencia en alimentación, salud o educación, como por ejemplo, las regulaciones de obras sociales o en materia previsional.

En Argentina, como ya señalé, luego de la Primera Guerra y, en especial, con causa en la profunda crisis de los años 1929-1930, la acción del Estado estuvo centrada en la regulación de fomento, mediante la creación del Banco Central, en materia monetaria y de crédito, y de variados organismos, cada uno con el cometido del desarrollo de un sector productivo, v.gr., las Juntas Nacionales “de Carnes”⁵ y “de Granos”⁶, “de la Yerba Mate”⁷, el “Instituto Nacional de Vitivinicultura”⁸, la “Dirección del Azúcar”⁹, entre otros.

⁴ V. MATA, I.: “Del Estado empresario al Estado regulador”, en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, págs. 95 y sigs.

⁵ Los debates sobre el problema de las carnes tuvieron lugar a principios de 1923, sancionándose la Ley 11.210 –tendió a reprimir los monopolios de cualquier especie–, la que fue sustituida por la Ley 12.906 del año 1946. Antes de la Ley 11210, existieron las leyes 11205 que dispuso la creación del Frigorífico Nacional y 11226 (modificada por el Decreto-Ley 8509/56) llamada de Contralor de la industria y comercio de carnes. La Junta Nacional de Carnes fue creada mediante la Ley 11.747 sancionada el 29.9.33 y promulgada el 7.10.33. Esta legislación fue derogada al igual que las leyes 11226, 11228 y 13 991, continuando sus reglamentaciones vigentes hasta que fue dictada la nueva. La Ley 14379 del año 1954 reformó el régimen sobre las carnes, hasta que fue derogada por el Decreto-Ley 8.509/56, que creó la Junta Nacional de Carnes, restableciendo en líneas generales, el sistema de la junta creada por la Ley 11.747, a fin de promover la producción, controlar el comercio y la industrialización de ganado y carnes bovina, ovina y porcina y sus productos y subproductos, proponiendo al mayor consumo y abaratamiento de carnes en el país y a la ampliación de mercados exteriores. (V. PEREZ LLANA, E. A.: “Derecho Agrario”, 4ª Edición, Ed. Castellví S.A., Santa Fe, 1963, págs. 503-523).

⁶ Ante la crisis económica mundial que afectó nuestra producción de granos en 1930, para remediar la situación se creó la Junta Reguladora de Granos (Decreto 31.864 del 28.11.33). La junta compraba los granos a precios básicos y los vendía a exportadores a precios de mercado internacional con destino exclusivo a la exportación. Los precios básicos los fijaba el Poder Ejecutivo. La Ley 12.253 (modificada parcialmente por la Ley 13.650) creó la Comisión Nacional de Granos y Elevadores y dispuso que las funciones comerciales que estaban a cargo de la Junta Reguladora de Granos pasaran a otros entes similares. El objeto de esta ley no fue de regulación del comercio de granos, sino de control, sin asignar a la Comisión funciones de comerciante. Sus funciones eran las de ejercer el contralor de todas las instituciones que intervenían en el comercio

El predominio de la política promocional del Estado, no excluyó que algunos de los nuevos organismos también ejercieran funciones reguladoras de control,

de granos, establecer tipos de granos, fijar las condiciones en que debían hallarse los vagones, camiones y bodegas que transportaban granos, realizar estudios para mejorar las condiciones de transporte, controlar cargamentos en puertos de destino, vigilar el cumplimiento de la ley, resolver en única instancia divergencias sobre la calificación de granos, etc. El 24.10.56, por decreto-Ley 19.697 fue creada la Junta Nacional de Granos que sustituyó el Instituto Nacional de Granos y Elevadores con funciones de contralor, de fomento y de comercio de granos, asimismo, administraba la red de elevadores, silos y depósitos que integraba la red del Estado. (V. PEREZ LLANA, op. cit., págs. 550-572).

⁷ En 1934, la Pcia. de Misiones sufre una gran depresión económica con motivo de la baja de los precios de la Yerba Mate. En tales circunstancias, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso un proyecto de ley que se sancionó bajo el número 12.236 en 1934. Esta ley creó la Comisión Reguladora de la Producción y Comercio de la Yerba Mate que tenía funciones reguladoras y de asesoramiento al Poder Ejecutivo. Antes de esta Comisión existió la Junta Nacional de Yerba Mate creada por el Decreto 854 del 8.11.33. A fines de 1961 quedó sancionada la Ley 16.434 que introdujo algunas reformas a la Ley 12.236. (Conf. PEREZ LLANA, op. cit., págs. 589-595).

⁸ Hasta 1934 la industria vitivinícola se desarrolló en un ambiente de franca libertad, sin más limitaciones que una ley de carácter técnico y afectó la producción provocando una baja extraordinaria en los precios y el consumo. Ante la amenaza a la industria vitivinícola, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso un proyecto de ley que se transformó en la Ley 12.137 modificada por la Ley 12.335. Esta Ley creó la Junta Reguladora para evitar que la producción vitivinícola excediera el consumo del país, quedando facultada a otorgar indemnizaciones previa aprobación de sus montos por el Poder Ejecutivo, adquirir vid para darle otros destinos que no fuera la elaboración de vino, comprar a las bodegas cantidades de vino, suscribir convenios con las Provincias productoras, fijar la época de la vendimia con carácter obligatoria y promover la formación de cooperativas entre productores no proveedores de bodegas. Para la obtención de fondos se aplicaba una sobretasa adicional en el importe del vino, y un impuesto a aplicarse a toda nueva plantación de vid vinífera. El régimen de estas leyes respondió a la regulación de la producción y el comercio, tendiendo a equilibrar los distintos factores e intereses intervinientes. Más tarde, la Ley 14878 (octubre de 1959) –cuyo móvil fue atender el problema técnico de la producción del vino respecto del consumidor–, creó el Instituto Nacional de Vitivinicultura al cual somete la producción, industria y comercio de vino, obteniendo los fondos de una sobretasa aplicable sobre el importe del litro de vino. (Conf. PEREZ LLANA, op. cit., págs. 595-606).

⁹ El cultivo de la caña de azúcar introducido por los colonizadores españoles, tuvo en Tucumán su mayor desenvolvimiento. El impulso a esta industria lo dio el ferrocarril que llegó a Tucumán en el año 1876. El crecimiento extraordinario de la industria de la caña de azúcar, ya en los años 1894 a 1896 hizo que las producciones excedieran la demanda. Así, en 1897 aparece la primera ley protectora del azúcar N° 3469, que otorgaba primas a la exportación. A esta ley le siguió la N° 4.288, tendiente a provocar la exportación, pues gravaba con un impuesto la producción del industrial que no exportaba por lo menos el 25% de su elaboración. Esta política encareció el precio del azúcar en el consumo interno. De ahí, que en 1912 se sancionó en su defensa la Ley 8877 que aseguraba al consumidor en precio razonable. En el año 1945 se dictó el Decreto-Ley 678 (ratificado por la Ley 12.921) que creó la Junta Nacional del Azúcar con facultades de órgano regulador de la economía azucarera y que vino a sustituir a la Comisión Nacional del Azúcar creada por el Decreto 702 del 11.5.28, que recién se constituyó el 2.1.31. Se fijó entonces el precio a los azúcares y se creó el Fondo de Compensación y Asistencia Social con el fin de compensar a los cañeros e ingenios por los mayores costos de producción y elaboración. Las funciones de esta Junta Nacional del Azúcar, pasaron al Banco Central por el Decreto 1287 del 22.6.46. El 24.6.49 se dictó el Decreto 14.789 que creó la Dirección de Azúcar quedando así la regulación del azúcar en manos de una dirección estrictamente oficial como ocurrió con otras actividades económicas como el tabaco, leche, fruta, etc. Esta Dirección desarrolló una política de racionalización integral de la actividad azucarera. El fondo azucarero debió suministrar el dinero necesario para compensar los costos de producción de azúcar. (Conf. PEREZ LLANA, op. cit., págs. 606-620).

como fue el caso del Banco Central, respecto de los bancos comerciales y entidades financieras.

Cabe también destacar que dicha política coexistió con una intensa presencia de la actividad privada en la economía, situación que se mantuvo hasta mediados de la década de los 40 del siglo pasado, en que el Estado Argentino adoptó políticas dirigistas que se incubaron durante la Segunda Guerra, y que consistieron en el establecimiento de precios máximos, regulaciones oficiales de salarios, racionamientos de bienes, licencias y permisos, distribución de cupos y medidas similares¹⁰.

Como es fácil advertir, la intensa intervención del Estado en la economía, multiplicó las regulaciones de control sobre la actividad privada.

Por otra parte, la política intervencionista no sólo se limitó a ello, sino que fue acompañada de la actuación del Estado como operador directo, a través de numerosas empresas públicas, en varios casos con posición monopólica y exenta de regulación de control.

Si bien en 1957, se restableció la vigencia de la Constitución histórica de 1853-1860 y se revalorizó el papel del mercado, paralelamente se mantuvo la acción empresaria del Estado, aunque introduciendo figuras societarias del derecho privado para ese cometido.

Por último, con motivo del colapso financiero de la gestión del Estado, hacia fines de los 80 del pasado siglo, se procede –siguiendo una tendencia global– a la reforma del sector público, reduciendo sensiblemente la actividad empresaria del Estado y las políticas de fomento, y emprendiendo una enérgica política de privatización, en especial, de los servicios públicos. Con motivo de ello, se reformula la regulación del control y la visión tradicional inspirada en el derecho francés, se articula con la doctrina sajona de las “public utilities” y las “agencias” reguladoras.

Los datos dominantes de la “Reforma del Estado” en Argentina, fueron, además de la privatización, la distinción de roles dentro del sector público, que diferenció entre las funciones de planificación y establecimiento de políticas, el otorgamiento de los títulos habilitantes para la prestación, su regulación y el control sobre los actores del sistema de prestación.

El primer papel es propio de los poderes legislativo y ejecutivo, a los cuales les compete el dictado de los marcos regulatorios y de sus normas reglamentarias. En cuanto al otorgamiento de los títulos –sean de carácter contractual, como

¹⁰ Esa línea intervencionista gravitó en la profunda reforma de la CN que tuvo lugar en 1949.

la concesión o la licencia, o extracontractual, v.gr. autorización o permiso—, por lo general, está atribuido al Poder Ejecutivo, con un proceso previo de selección a cargo de una “autoridad de aplicación”, que es habitualmente el ministerio sectorial.

En la división de competencias que se sigue en el derecho argentino, el otorgamiento del título habilitante comprende las atribuciones de autorizar su cesión, extinguirlo, prorrogarlo y renegociar sus cláusulas.

Por su parte, los entes reguladores, como parte de su función, deben controlar el cumplimiento de las obligaciones del prestador emergentes del título y la de aprobar las tarifas, de acuerdo con las reglas del título¹¹.

Con relación a la prestación de los servicios, la legislación de Reforma del Estado estableció que la misma fuera transferida a empresas privadas, sin perjuicio de que en las provincias gran parte de los servicios continuó a cargo de sociedades cooperativas e incluso de algunas empresas públicas.

Cabe destacar, sin embargo, que luego de la crisis general de los años 2001-2002, el Estado ha ido asumiendo en numerosos casos la prestación de los servicios públicos, ante la imposibilidad de arribar a una renegociación exitosa de los contratos con los empresarios privados.

Finalmente, respecto del control sobre los actores del sistema de prestación, en primer término, corresponde señalar al que desenvuelven los entes reguladores sobre los prestadores —sean éstos públicos o privados— y, en segundo lugar, el que tienen a su cargo los órganos de control del sector público, que alcanza también a los reguladores, y que son la Sindicatura General de la Nación¹², la Auditoría General de la Nación¹³, la Comisión Mixta Parlamentaria de Revisión de Cuentas¹⁴, el Defensor del Pueblo de la Nación¹⁵ y la Comisión Bicameral del Congreso¹⁶.

II. La función reguladora

Como expresé en un trabajo anterior, la regulación es una forma de intervención del Estado en el mercado, a través de una política consistente

¹¹ En lo referente a las tarifas, hubo contratos de concesión en que la aprobación quedaba retenida por el poder concedente y, luego de la crisis de los años 2001/2002, esa facultad, en general, ha sido sustraída de la competencia de los entes reguladores.

¹² Responsable del control interno, conf. Arts. 96/115 de la Ley de Administración Financiera, LAF (N° 24156).

¹³ A cargo del control externo, conf. arts. 85, CN y 116/127 de la LAF.

¹⁴ Arts. 128 y 129, LAF.

¹⁵ Arts. 86, CN y 1° y 14, Ley 24284.

¹⁶ Art. 14, Ley 23696 de Reforma del Estado.

en una interferencia por medio de reglas restrictivas que aplica o dicta un sujeto u órgano público regulador sobre las actividades de un sujeto regulado, controlando el primero el cumplimiento de tales reglas, en forma continuada. Resulta importante señalar que la regulación es siempre una función distinta y externa de la actividad regulada¹⁷, rasgo, además, que resulta coherente con la política de diferenciación de roles propia de los procesos de reforma del Estado, que numerosos países adoptaron durante las dos últimas décadas del siglo pasado.

Con relación a los servicios públicos, el cometido regulatorio constituye un proceso permanente desarrollado entre regulador y regulado, durante el cual el primero ejercita un grupo complejo de subfunciones o componentes, que pueden agruparse del modo siguiente:

- 1) componente normativo, a través del cual el regulador dicta normas de alcance general, en su mayor parte relativas a los aspectos técnicos del servicio, que aplican y completan el marco regulatorio y las cláusulas del título habilitante;
- 2) subfunción de control y sanción, que consiste en verificar el ajuste de la conducta controlada al patrón regulatorio, con aplicación de una penalidad o una medida correctiva en caso de desviación;
- 3) componente jurisdiccional (también calificado de “arbitraje” o de “mediación”), por el cual se encomienda al regulador que resuelva los conflictos que pueden suscitarse entre los sujetos del sistema regulado, con extensión a los terceros vinculados con el servicio, sea con sometimiento en forma voluntaria u obligatoria para dichos sujetos; y
- 4) subfunción de generar y administrar incentivos respecto de la actividad regulada, entendidos como la oferta de estímulos o beneficios con el propósito obtener espontáneamente la conducta deseada del sujeto regulado.

Desde la teoría económica a los tres primeros componentes se los considera como regulación por “directivas”, ya que constituyen el ejercicio de una competencia potestativa que impone unilateralmente conductas determinadas al regulado; por su parte, la regulación por “incentivos” tiene por finalidad lograr la acción esperada, de modo voluntario o autónomo.

Cabe agregar que el ejercicio eficiente de la función reguladora requiere un comportamiento proactivo del regulador, esto es, una actividad de por sí compleja, que tienda a estimular la calidad del desempeño del regulado,

¹⁷ V. MATA, I.: “Los entes reguladores de servicios públicos: La experiencia de Argentina”, en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, págs. 103 y sigs.

previniendo posibles conflictos y evitando con ello un actuación reactiva frente a la gestión de este último.

En síntesis, la regulación de los servicios públicos en Argentina, a partir del marco de la Reforma del Estado en 1989, consistió en el empleo de tres instrumentos que son un ente regulador independiente, un régimen tarifario establecido y un título habilitante para la prestación, con el reparto de competencias, respecto de este último, entre otorgante y regulador, que dejó mencionado más arriba.

El cúmulo de atribuciones que tienen los entes reguladores, ha motivado que calificada doctrina los considerase “como un pequeño estado dentro del Estado”, debido a que “reúnen las tres competencias básicas de todo Estado: legislar, administrar y emitir pronunciamientos de carácter jurisdiccional”¹⁸. Creo que tal opinión debe ser entendida como una metáfora con fines didácticos, ya que dichas competencias, con frecuencia atribuidas a distintos organismos y entidades de la Administración, no pueden ser asimiladas a la función legislativa ni a la judicial, en particular, en el caso de los entes reguladores su potestad reglamentaria resulta de segundo grado, ya que está sujeta a la ley (marco regulatorio), los reglamentos del Poder Ejecutivo y los términos de los títulos habilitantes. Del mismo modo, su atribución para resolver conflictos ni siquiera puede ser equiparada a la de un tribunal administrativo, conforme lo dejó resuelto la Corte Suprema Nacional en el caso “Ángel Estrada”¹⁹, a pesar de que tradicionalmente el Tribunal admite la categoría de los “actos jurisdiccionales” como especie de naturaleza diferente de los actos administrativos.

III. La potestad reglamentaria

A. Las normas generales

Como reflexión preliminar, considero que no es posible definir la función legislativa afirmando que consiste en la creación de normas de alcance general que se incorporan de modo estable al sistema jurídico, por lo que resultan susceptibles de ser aplicadas un número indeterminado de veces mientras estén vigentes. Con ese criterio de índole sustancial, porque mira a los caracteres objetivos del producto de la función, resulta inviable diferenciar la ley de los reglamentos del poder ejecutivo o de las acordadas generales de los tribunales superiores de justicia.

¹⁸ V. BIANCHI, A. B.: *La regulación económica*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, año 2001, págs. 219 y 267.

¹⁹ Fallos 328:651.

De modo que para describir y diferenciar la función legislativa de las atribuidas a los otros dos poderes, se hace menester el análisis del órgano que tiene asignada la función y el proceso que sigue para la toma de decisiones –criterio subjetivo– y, en ese sentido, el cometido del legislador se desenvuelve a través de un proceso cuyos datos distintivos son: representación popular directa y decisiones colegiadas asentadas en la deliberación y votación.

En doctrina se ensayó un criterio de índole sustancial o material, sosteniendo que la norma del legislador constituye una aplicación directa de la constitución, mientras que las provenientes de los otros dos poderes tienen una relación indirecta o mediata con las normas constitucionales²⁰. Sin embargo, cuando se advierte que la función administrativa no se agota sólo con la aplicación de la ley, sino que también puede consistir en una creación normativa asentada directamente en el texto constitucional –como acontece, por ejemplo, con los llamados “reglamentos autónomos”–, tal criterio no ofrece suficiente consistencia.

En el derecho argentino se distinguen cuatro especies de reglamentos provenientes de las competencias que la CN le asigna al Poder Ejecutivo, que son: 1) ejecutivos o de ejecución; 2) autónomos o independientes; 3) delegados; y 4) de necesidad y urgencia.

B. Reglamentos ejecutivos

Esta especie normativa constituye una aplicación directa de las leyes, y la CN los atribuye al Poder Ejecutivo cuando sean necesarios para la ejecución de aquéllas, con el resguardo “de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” (art. 99, inciso 2). Como puede advertirse, tienen carácter secundario o mediato, respecto de la CN, y tienden a hacer efectiva la norma legal, estableciendo el sector de la Administración que debe encargarse de su aplicación y el procedimiento, con sus modalidades a seguir en esa tarea, o bien completándola con previsiones de detalle o datos de índole complementaria. Todo ello con la finalidad de asegurar la eficacia de la ley reglamentada.

Así como el legislador está sujeto al principio de razonabilidad, en función del cual no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la CN, cuando procede a reglamentar su ejercicio (CN, art. 28), el Poder Ejecutivo también está obligado al ejercicio razonable de su potestad reglamentaria, cuidando de no alterar el espíritu de la ley, desviándola de su finalidad, con la aclaración de que carece de competencia para regular los derechos personales,

²⁰ V. MERKL, A.: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, págs. 13-32.

ya que ésta es una atribución exclusivamente asignada al legislador, quien en este aspecto es titular de una verdadera reserva.

Otro de los límites que se impone a los reglamentos ejecutivos, es la veda para regular los códigos de fondo, v. gr. el civil o el de comercio, cuyo dictado en el sistema argentino está atribuido al Congreso de la Nación²¹, ya que su aplicación corresponde a las personas privadas y, en caso de controversia, a los tribunales, con la salvedad de que las normas de fondo pueden expresamente encomendar al Poder Ejecutivo establecer ciertas normas de aplicación, como por ejemplo, en materia registral.

En otros casos, el legislador encomienda al Poder Ejecutivo que proceda a la reglamentación de la ley sancionada, incluso a veces con fijación de plazo, pudiendo ocurrir que el Ejecutivo se demore o abstenga de reglamentarla. Frente a tales situaciones corresponde determinar si las normas de la ley son operativas y, de ser así, los actores jurídicos pueden sin más aplicarlas. En tal sentido, la Corte Suprema manifestó que la índole programática de una ley no justifica por sí una inacción *sine die* del Estado en hacer efectivas sus disposiciones²².

Por otra parte, el mismo Tribunal diferenció a los reglamentos ejecutivos en dos subespecies, los “sustantivos” y “adjetivos”, constituyendo los primeros un caso de “delegación impropia” ya que el legislador “encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia que realizará el poder administrador”. En cuanto a los “adjetivos”, el fallo destaca que sólo contienen normas de procedimiento para una correcta aplicación de la ley reglamentada²³.

Con relación a este tipo de reglamento se plantea el interrogante acerca de la competencia de los otros dos poderes para su dictado; BARRA responde afirmativamente si se trata de reglamentos adjetivos, ya que las normas constitucionales que sustentan a los “autónomos” permiten incluir a los ejecutivos. En cambio, considera que es mayor la dificultad respecto de los “sustantivos”, debido a que quien tiene una competencia exclusiva es el Poder Ejecutivo, no obstante, termina aceptando que el Congreso, en favor de cada una de las Cámaras, y la Corte Suprema, en ciertos casos, cuando resulte indispensable para el cumplimiento de sus funciones constitucionales²⁴.

²¹ CN, art. 75, inc. 12.

²² Causa “Hotel Internacional Iguazú”, Fallos 310:2653, 10/12/1987.

²³ Causa “Cocchia”, Fallos 316:2624, 02/12/1993.

²⁴ BARRA, R. C.: “Reglamentos Administrativos”, *La Ley*, 1999-F-1034.

Desde mi punto de vista, considero que los poderes legislativo y judicial sólo pueden dictar reglamentos “sustantivos”, siempre que no afecten o modifiquen los derechos de los particulares que se vinculen con ellos.

C. Reglamentos autónomos

Los reglamentos autónomos son aquéllos que el Poder Ejecutivo dicta mediante una aplicación directa de la Constitución, en su carácter de titular de dicho Poder y en ejercicio de su competencia como responsable político de la administración general del país (CN. Art. 99, inc.1).

La fórmula de esta atribución la introdujo la reforma de 1994, ya que el texto histórico expresaba que dicho Poder “tiene a su cargo la administración general del país”. En forma correlativa, la reforma le asignó al jefe de gabinete “Ejercer la administración general del país” (CN art. 100, inc. 1), con lo cual se suscita la duda sobre si este funcionario es el titular o no de la “administración general”, ya que los vocablos “responsable político” y “ejercer” no implican titularidad.

Sobre este punto opiné con anterioridad que tanto la titularidad como el ejercicio de la administración general están atribuidos al Jefe de Gabinete, con las responsabilidades políticas que son materia del juicio político o de la moción de censura, y con la responsabilidad del Presidente, derivada de la elección del Jefe de Gabinete y de su dirección política, sin que la división de cometidos sea categórica ni afecte la unidad del Poder Ejecutivo, ya que éste tiene atribuidas competencias administrativas y, por su parte, el Jefe de Gabinete, otras de índole política²⁵.

En Argentina, la figura del reglamento autónomo está unida a la teoría de la “zona de reserva” de la Administración, entendida como una asignación de competencias por la Constitución, con carácter exclusivo y excluyente, que no puede ser invadida por los otros poderes, ni siquiera por el Legislativo en su función de regular las competencias de la Administración, en particular, mediante las leyes de organización²⁶.

Si entendemos la reserva como la sustitución en el ejercicio de las actividades de un Poder por otro, está claro que ello constituirá una invasión que infringe el reparto de competencias establecido por la Constitución. En cambio, si se

²⁵ MATA, I.: “El Jefe de Gabinete en la organización administrativa”, en *Derecho Administrativo*, obra colectiva de homenaje al profesor M. S. MARIENHOFF, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 413.

²⁶ CN, art. 75, “Corresponde al Congreso (...) 20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales”.

considera como un límite a las normas de organización sancionadas por el Congreso para la Administración, tal restricción confronta con el artículo de la Constitución que le confiere al Legislativo “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”²⁷.

No obstante, en doctrina se sostiene que esta norma no puede invocarse para facultar al Congreso a dictar leyes sobre materias que pertenecen a la competencia atribuida por la Constitución al Poder Ejecutivo, ya que “En los casos en que se ha querido subordinar la Administración a la ley, expresamente la Constitución Nacional lo ha prescripto; así, en el caso de la facultad de conceder jubilaciones o supervisar la recaudación de rentas, los incisos 6º y 10º del artículo 99 lo establecen, debiendo actuar con arreglo a las leyes”²⁸.

Por mi parte, estimo que no es correcto equiparar “reserva” con “competencia exclusiva”, ya que el primer concepto se refiere a una competencia que en el diseño constitucional funciona como una garantía adicional de los derechos personales, a través de atribuir excluyentemente al legislador la regulación de tales derechos²⁹. En tal sentido, FIORINI señalaba que “Distinguido el concepto institucional de reservas en el derecho público como expresión de una garantía constitucional, se comprueba que nada tiene que ver con las denominadas facultades privativas o exclusivas de los poderes. La reserva es un plus que se agrega a un objeto jurídico existente, mientras que lo que es privativo corresponde al objeto en sí. Se califican como facultades o poderes privativos, según definición de nuestro Alto Tribunal de la Nación, aquellas atribuciones que se ejercitan por el titular de un poder en forma excluyente, y su realización operativa y final se realiza sin interferencia o limitación de algún otro poder”³⁰.

La doctrina señala como ejemplos de reglamentos autónomos situados en la “zona de reserva”, el decreto 7520/44 que fijó las pautas procesales del recurso jerárquico, el decreto 1429/79 de régimen de licencias para los agentes públicos y el decreto 1759/72, reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19549, y que, entre otras previsiones, estableció las distintas figuras de recursos administrativos.

²⁷ CN, art. 75, inciso 32.

²⁸ CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, 8ª Edición, Ed. Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, Tomo I, pág. 183.

²⁹ Conf. CN, arts. 14, 14 bis, 17, 18 y 19.

³⁰ FIORINI, B. A.: “Inexistencia de las reservas del poder administrador”, *La Ley* 152:963, con cita de Fallos 263:267, en relación con el pasaje transcripto.

Con relación a tales ejemplos, me permito señalar que resulta difícil sostener que al legislador le está vedado abordar la regulación de dichas materias, máxime cuando en el derecho administrativo de las provincias frecuentemente son objeto de sanción legal. En otras palabras, creo que el poder administrador puede reglamentarlas, en la medida en que no lo ha hecho el legislador.

D. Reglamentos delegados

En la tradición jurídica de Argentina, constituyen normas de carácter general de competencia del legislador, pero dictadas por el Poder Ejecutivo sobre la base de una habilitación legal, tratándose de una situación excepcional, que dio lugar en la doctrina a opiniones encontradas, ya que algunos autores entendían que el Congreso no podía delegar las atribuciones que le asignaba la Constitución.

Por su parte, quienes propugnaban su constitucionalidad atendían a la necesidad de dar respuesta a situaciones urgentes frente a las cuales el Congreso no podía resolver en un tiempo útil.

Así, a título de ejemplo, si bien la Constitución encomienda al legislador el dictado de planes de instrucción universitaria, en la realidad se dictó una ley de creación de la Universidad, la cual, en definitiva, establece sus propios planes de estudio³¹.

No obstante, quienes aceptaban esta especie de reglamentos consideraban que la delegación tenía que estar sujeta a límites precisos, ya que el legislador no podía transferir su competencia constitucional. En este aspecto, la Corte Suprema en el conocido caso “Delfino”, fallado en 1927, sostuvo que “Que, ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos. Es ése un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta (...). Existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución. No ha sido definitivamente trazada, dice Marshall, la línea que separa los importantes asuntos que deben ser regulados por la Legislatura misma de aquéllos de menor interés acerca de los cuales una provisión general puede

³¹ V. CASSAGNE, op. cit., pág. 185.

ser hecha, dando facultad o poder a los que deben cumplirlos bajo tal general provisión para encontrar los detalles (...), pero quien hace la ley puede someter algo a la discreción de los otros departamentos y el límite preciso de este poder es materia de delicada investigación”³².

Finalmente, en la reforma de 1994 se decidió incorporar expresamente la figura, a través del texto siguiente: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”³³. Esta regla constitucional es concordante con otra de la Constitución reformada, referida a los decretos de necesidad y urgencia, en la cual se declara enfáticamente que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”³⁴. En ambas normas, la enérgica fórmula inicial, luego es significativamente atenuada por el resto del texto y, principalmente, por las prácticas institucionales, en particular, las adoptadas por el Poder Ejecutivo.

Ahora bien, con respecto a la delegación, se plantea la necesidad de determinar el contenido del concepto de “materias determinadas de administración”, ya que las mismas pueden estar comprendidas en la función de administrar que tiene el Poder Ejecutivo. La respuesta se intentó a través de la Ley 25148 (1999), que incluyó en esa categoría las materias siguientes: a) la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le competa al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones, quedando incluidos el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) la fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; c) la organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; d) la creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; y f) toda otra materia asignadas por la Constitución al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

La doctrina advierte que el objeto de la delegación “en materias determinadas de administración”, se refiere a aquellos aspectos de la función administrativa que la Constitución atribuye al Congreso, con exclusión de las propias del

³² Fallos 148:430.

³³ CN, art. 76.

³⁴ CN, art. 99, inciso 3, párrafo primero.

Poder Ejecutivo, que no requieren de delegación. En síntesis, como bien puntualiza COMADIRA, “la delegación legislativa es procedente respecto de la regulación de actividades que aún siendo propias del Poder Ejecutivo deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignada por la Constitución al Congreso”³⁵.

En la Constitución histórica de 1853/1860 sólo se preveían dos situaciones de emergencia que eran el “estado de sitio”, en casos de conmoción interior o de ataque exterior, y la “intervención federal” a las provincias para preservar la forma republicana de gobierno o ante invasiones del exterior o de otra provincia o en episodios de sedición.

El texto originario de la Constitución no contemplaba emergencias por causas económicas o sociales, por lo que ante las serias crisis globales que tuvieron lugar a partir de la tercera década del siglo pasado, comenzaron a dictarse leyes de excepción que atenuaban o suspendían temporalmente el derecho ordinario, creando una “positivización de la necesidad”, entendida ésta como una situación de riesgo para bienes esenciales de la comunidad, que exigen la intervención del gobierno para enfrentarla. En ese escenario la Corte Suprema fue articulando a lo largo del tiempo, inspirada en parte por la jurisprudencia de su par estadounidense, un modelo de equilibrio entre los derechos individuales –en particular, el de propiedad– con los nuevos fines del Estado.

A mi entender, la doctrina de la Corte quedó claramente perfilada en el caso “Peralta” (1990), donde sostuvo que

Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se pueden *sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos (...)*³⁶ (cursiva en original).

³⁵ COMADIRA, J. R.: “Procedimientos Administrativos–Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada”, con la colaboración de L. MONTI, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo I, pág. 135.

³⁶ En la misma sentencia el Tribunal expresó: “En esencia, se trata de hacer posible el ejercicio de las facultades indispensables para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, *de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías, además de correr el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional (...)*”. “Que el fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre

Cont.

Creo, por mi parte, que la delegación no sería procedente con relación a las materias que la Constitución veda a los decretos de necesidad y urgencia, esto es, normas en materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos³⁷.

Con las mismas limitaciones, considero que el Poder Legislativo puede proceder a delegar el dictado de reglas de rango legal en otras autoridades administrativas, creadas por dicho Poder en cumplimiento de una norma constitucional expresa, como acontece con los entes reguladores de los servicios públicos previstos en el art. 42 de la Constitución³⁸.

E. Reglamentos de necesidad y urgencia

Se trata de normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo, sin habilitación legal y en ejercicio de una competencia que para casos excepcionales, le otorga la Constitución. Los presupuestos para su dictado son:

1) la configuración de circunstancias excepcionales que hagan imposible, según los trámites ordinarios establecidos por la Constitución para la sanción

el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (...). “Que así como el derecho adquirido se caracteriza por su incorporación en grado de identidad con la propiedad, trátase de derechos reales o personales de bienes materiales o inmateriales; el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. *Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin.* La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la Sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución. Pero esa sola circunstancia no es bastante para que las normas repugnen al texto constitucional, pues todos los derechos están limitados por las leyes reglamentarias que, sin desnaturalizarlo, dictare el legislador. *Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales*” (Fallos 313:1513).

³⁷ CN, art. 99, inc. 3.

³⁸ CN, art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

de las leyes y por lo tanto, tales situaciones –como sostuvo la Corte Suprema en el referido caso “Peralta”– tienen índole grave y extraordinaria y gravitan sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originando un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. El Tribunal agregó que la circunstancia extraordinaria debía tener los caracteres de pública y notoria;

2) el proceso de toma de decisión para la emisión del decreto debe realizarse en acuerdo general de ministros, los que deben refrendarlo junto con el Jefe de Gabinete;

3) el decreto no puede abordar las materias, expresamente prohibidas por la Constitución, que ya señalé y que integran el ámbito de reserva del legislador, por tratarse de la regulación de los derechos personales y del funcionamiento de las instituciones políticas de la República;

4) el Jefe de Gabinete, dentro de los diez días y en forma personal, debe someter la medida a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso, cuya composición debe ser proporcional a las representaciones políticas de cada Cámara. Si bien la norma constitucional sobre los decretos de necesidad y urgencia se introdujo con la reforma de 1994, recién en el año 2006, se dictó la ley de organización y funcionamiento de dicha Comisión, a la que se encomendó el examen de dichos decretos, así como los de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes. La Comisión debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara del Congreso para su expreso tratamiento, sin que éste obste a las potestades de dicho Poder sobre la insistencia relativa a las normas legales total o parcialmente vetadas por el Ejecutivo o respecto a la derogación de las normas de carácter legislativo emitidas por el mismo Poder³⁹.

IV. Las facultades reglamentarias de los entes reguladores

Ya indiqué que en el ejercicio del componente “normativo” de la función reguladora los entes titulares de la misma emiten normas de alcance general que son predominantemente “actos técnicos”, figura reconocida por la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, conforme a las pautas siguientes:

a. la decisión de un ente regulador tendrá carácter “técnico” cuando verse sobre cuestiones de la ciencia, arte o tecnología propias de la competencia material de la autoridad de que se trate, o sea, electricidad, gas, agua, aeropuertos, telecomunicaciones, etc.;

³⁹ Ley 26122, esp. arts 1º, 13º, 14º, 15º y 25º.

b. las normas sectoriales (marcos regulatorios) contienen funciones de ese tipo, v.gr. el de la electricidad, MRE, arts. 26, 27 y 56 inc. b)⁴⁰ y decreto reglamentario, RMRE;

c. los actos recurribles en los MRE y MRG no distinguen los actos recurribles por la vía del recurso administrativo de alzada según su objeto, por lo tanto, en principio, las “decisiones técnicas”, de los entes reguladores están incluidas, aunque con las limitaciones que surgen del RLNPA⁴¹;

d. en otro dictamen, el organismo asesor había sostenido que el control de tutela del Poder Ejecutivo sobre los entes reguladores no alcanza a las cuestiones

⁴⁰ Ley 24065, MRE, “ARTICULO 26.- Los transportistas y los distribuidores deberán fijar especificaciones mínimas de calidad para la electricidad que se coloque en sus sistemas. Dichas especificaciones serán publicadas en los respectivos cuadros tarifarios”.

“ARTICULO 27.- Los transportistas y los distribuidores efectuarán el mantenimiento de sus instalaciones en forma de asegurar un servicio adecuado a los usuarios.

“ARTICULO 56.- El ente tendrá las siguientes funciones y facultades: (...); b) Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados.”

RMRE, Decreto 1398/1992, “ARTICULO 26- Los criterios para determinar las especificaciones mínimas de calidad de la Electricidad que se coloque en el sistema de transporte y/o de distribución deberán ajustarse a las normas técnicas, que a tales fines, establezca el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD”.

“ARTICULO 27- Considerase servicio adecuado a los usuarios el que sea prestado en un todo de acuerdo a las normas de calidad de servicio que se definan en el contrato de concesión específico y a las que a tales efectos establezca el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD”.

“ARTICULO 56: Inciso b) El ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD deberá: (...) b.1.1. - Defínese como calidad de servicio al conjunto de normas que especifiquen la calidad de la energía eléctrica a suministrar (producto) y del servicio a prestar, desde el punto de vista técnico y comercial. La calidad del producto suministrado se relacionará con el nivel de tensión en el punto de alimentación y con sus perturbaciones (variaciones rápidas y caídas lentas de tensión, y armónicas). La calidad del servicio técnico prestado tendrá en cuenta la frecuencia y duración de las interrupciones en el suministro”.

⁴¹ RLNPA, Decreto 1759/72, Art. 97. – El recurso de alzada podrá deducirse en base a los fundamentos previstos por el artículo 73, in fine. Si el ente descentralizado autárquicamente fuere de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el recurso de alzada sólo será procedente por razones vinculadas a la legitimidad del acto; salvo que la ley autorice el control amplio.

Art. 99. – Tratándose de actos producidos en ejercicio de una actividad jurisdiccional, contra los cuales estén previstos recursos o acciones ante la justicia o ante órganos administrativos especiales con facultades también jurisdiccionales, el deber del superior de controlar la juridicidad de tales actos se limitará a los supuestos de mediar manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho. No obstante, deberá abstenerse de intervenir y en su caso, de resolver, cuando el administrado hubiere consentido el acto o promovido –por deducción de aquellos recursos o acciones– la intervención de la justicia o de los órganos administrativos especiales, salvo que razones de notorio interés público justifiquen el rápido restablecimiento de la juridicidad. En caso de interponerse recursos administrativos contra actos de este tipo, se entenderá que su presentación suspende el curso de los plazos establecidos en el artículo 25 de la ley de procedimientos administrativos.

encomendadas exclusivamente a los entes en función de su “idoneidad técnica”, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad (Dictámenes 227:119)⁴².

Cabe destacar que, además de las restricciones a los controles administrativos cuando se trata de decisiones de los entes reguladores que resuelven conflictos –denominadas “actos jurisdiccionales”– en Argentina aparece una línea normativa que acentúa la independencia técnica de los reguladores, como aconteció con el Proyecto de Ley de Concesiones, Licencias y Permisos de Servicios Públicos Nacionales y Figuras Vecinas, impulsado por el ex-Ministerio de Justicia de la Nación, que contenía una norma que claramente excluía la aplicación del recurso de alzada con relación a las decisiones de los entes reguladores⁴³.

En la misma línea restrictiva se inscribió el Proyecto de Ley de Marco Regulatorio General para Servicios Públicos y Organismos de Control elaborado en el ámbito de la Jefatura de Gabinete, en el año 1998⁴⁴.

En cuanto a la legislación que acoge dicho criterio pueden señalarse las Leyes 210 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁵ y 8835 de la Provincia de Córdoba⁴⁶.

Por su parte, la Corte Suprema se refirió en forma incidental al tema, al decidir la exclusión de la competencia del Ente Regulador del Servicio Eléctrico (ENRE), los reclamos por daños y perjuicios; allí señaló que entre los “aspectos técnicos” están comprendidos la existencia de las interrupciones y variaciones de niveles de tensión, así como las condiciones que debe reunir el suministro, “según contrato de concesión y las reglamentaciones dictadas por el ente”⁴⁷.

⁴² Véase también 227:127 y dictamen del 01/03/1999 (B. O. 20/10/1999).

⁴³ Art. 107 del Proyecto: “En ningún caso será procedente el recurso de alzada previsto en el Decreto N° 1759/1972, reglamentario de la Ley N° 19549, ni el control del Artículo 99 de dicha norma, ni otro control administrativo previsto en normas actuales o futuras”.

⁴⁴ En tal sentido, incluía una norma estableciendo la improcedencia del recurso de alzada contra los actos de los entes de control, dictados en ejercicio de competencias “que les han sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo objeto sea técnico y el recurso impugne únicamente ese objeto” (Art. 43).

⁴⁵ Art. 23: “Recurso de Alzada. No procede el recurso de alzada en sede administrativa contra los actos que dicte el Ente con carácter definitivo”.

⁴⁶ Art. 33: “Las resoluciones del ERSeP [ente regulador] causan estado y entiéndese que agotan la vía administrativa, sin necesidad de recurso alguno, pudiendo ser materia de acción contencioso administrativa (...)”.

⁴⁷ Sentencia en el caso “Ángel Estrada”, cit., considerando 16). V. MATA, I.: “El caso “Ángel Estrada” y la competencia de los entes reguladores para resolver conflictos sobre daños y perjuicios”, en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 439 y sigs.

Resulta interesante destacar que en la Provincia de Salta el régimen orgánico del ente regulador (ENReSP) prevé un procedimiento participativo para el dictado de normas reglamentarias de “significativa importancia”, consistente en la publicación en el Boletín Oficial del proyecto y la recepción de las opiniones, comentarios y sugerencias de los interesados, incluso con la propuesta de medidas probatorias y la celebración de audiencias públicas. En su decisión el Ente debe ponderar las opiniones recibidas y, en su caso, las pruebas producidas⁴⁸.

Se plantea una seria dificultad interpretativa con relación a las reglas técnicas que, en ciertos casos, se incluyen en los marcos regulatorios de los servicios públicos, tanto los de nivel legal como los dictados por el Poder Ejecutivo. Tales reglas consisten en especificaciones concretas de calidad del servicio, como acontece con el reciente Marco Regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales para el área metropolitana de Buenos Aires, que establece características físicas, químicas y bacteriológicas para el agua y normas físicas y químicas para los efluentes cloacales⁴⁹.

Ahora bien, ¿puede el regulador modificar dichas normas si por el avance científico o tecnológico resulta conveniente hacerlo? A veces el problema lo resuelve una adecuada técnica legislativa, por ejemplo, la adoptada por el marco regulatorio recién mencionado, que califica a tales requisitos como “normas mínimas”, lo que permite que el regulador los torne de mayor exigencia. Naturalmente, no podría modificarlas rebajando el nivel de los parámetros de calidad.

Sin embargo, hay marcos regulatorios en que las especificaciones del servicio no están calificadas como mínimas y, en ese caso, ¿puede la autoridad reguladora proceder a hacerlas más rigurosas, apartándose del principio de jerarquía normativa?⁵⁰ La respuesta a este interrogante intentaré darla un poco más adelante, cuando avance algo más en el desarrollo de la referida potestad de los entes reguladores.

Otra dificultad que suscita la potestad reglamentaria de los reguladores es el establecimiento de sanciones para el caso de incumplimiento de las normas que dicta en ejercicio de esa potestad. Aquí de nuevo, si el marco la prevé

⁴⁸ Salta, Ley 6835, arts. 12 y 13 de su Anexo.

⁴⁹ Ley 26221 (2007).

⁵⁰ En el derecho argentino, surge del art. 31, CN. “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, (...)”

expresamente y le fija sus límites, no habría lugar a reparos jurídicos, tal es el caso ya mencionado de Salta⁵¹.

En cambio, si el marco o el título habilitante de la prestación nada prevén acerca de sanciones que aseguren el cumplimiento de las normas que dicte el regulador ¿la función de éste debe permanecer inmovilizada durante el tiempo de vigencia del título –generalmente de larguísimo plazo– o sólo consistir en meras recomendaciones o consejos?

Una respuesta afirmativa resultaría disvaliosa, porque sin duda tornaría ineficaz la función reguladora y afectaría el principio constitucional de “calidad y eficiencia de los servicios públicos” (CN, art. 42).

Un criterio amplio de la potestad sancionatoria de los entes reguladores es el adoptado por la justicia contencioso-administrativa federal y así, por ejemplo, la Sala III del Fuero confirmó una resolución del regulador en materia eléctrica, que condenó a una empresa distribuidora a reintegrar a un usuario los gastos de construcción de una cámara transformadora y le aplicó una multa, ya que si bien no existe una regulación explícita que autorice al ente a ordenar dicho reintegro, tal facultad tiene una clara apoyatura en las normas regulatorias del servicio público y se encuentra razonablemente implícita en la competencia del órgano regulador (sentencia del 19/12/2007, publicada en La Ley 2008-B-13). En esa línea, también se ha resuelto que la resolución del regulador que impone una multa constituye un título ejecutivo, aunque no exista una norma legal específica que le asigne ese carácter (Sala II, sentencia del 27/09/2007, publicada en La Ley 2008-A-181).

Sobre tan delicado asunto opino que la potestad reglamentaria de los entes reguladores (subcomponente “normativo” de su función) constituye una habilitación legal para dictar reglamentos “delegados”, conforme al “estándar de inteligibilidad” o “bases de delegación” (CN, art. 76), que contienen los marcos regulatorios bajo denominación de “objetivos”, “fines” o expresiones similares.

En función de tal premisa, considero que un ente regulador puede modificar las normas técnicas establecidas por el legislador, para tornarlas más exigentes, y, además, puede establecer un régimen sancionatorio para que las nuevas reglas resulten eficaces, naturalmente sin crear otras especies de sanciones

⁵¹ Ley 6835, art. 31º: “Cada una de las violaciones o incumplimientos de la presente ley de sus reglamentaciones serán sancionadas con: a) Apercibimiento. b) Multa. c) Suspensión del servicio. d) Inhabilitación. e) Revocación de la licencia. f) Revocación de la concesión (...)”.

“Art. 33.- Las multas son sanciones pecuniarias de cien pesos (\$ 100) a un millón de pesos (\$ 1.000.000) aplicables por violaciones graves al ordenamiento (...)”.

distintas de las previstas en los marcos o en los títulos contractuales. En este sentido, conviene recordar que en materia disciplinaria (en nuestro caso la disciplina propia de una relación contractual con el Estado), la legalidad de la infracción constituye un tipo abierto a la variedad que pueden presentar los incumplimientos de las obligaciones contractuales.

Finalmente, quisiera destacar que, por compartir la teoría unitaria entre acto y contrato administrativos, opino que los reglamentos dictados por un ente regulador están sujetos a los requisitos establecidos por la Ley de Procedimientos Administrativos para los actos y, por lo tanto, deben:

- 1) ser dictados por la autoridad competente;
- 2) responder a una “causa”, es decir, estar sustentados en los antecedentes de hecho y en el derecho aplicable;
- 3) tener objeto cierto y física y jurídicamente posible;
- 4) para su dictado recorrer previamente el procedimiento establecido, asegurando el principio del “debido procedimiento administrativo”;
- 5) cumplir efectivamente con la “finalidad pública”;
- 6) estar correctamente motivado, expresando la “causa” y la “finalidad” que se aspira a obtener con su dictado; y
- 7) la decisión reglamentaria debe expresarse por escrito, publicarse y, en su caso, notificarse.

Tal es, en síntesis, el cuadro de la potestad reglamentaria de los entes reguladores en el derecho argentino.

EL CONTROL DE LOS ENTES REGULADORES

Miriam Mabel Ivanega

Durante varios años privatizaciones y desregulaciones en materia de servicios públicos, ocuparon un destacado lugar en el estudio de la doctrina administrativa argentina.

De la mano de renovadas declaraciones de emergencia administrativa, económica y social, temas como concesiones y licencias, reguladores y controladores, participación ciudadana, acciones administrativas y judiciales, confluyeron un universo de teorías, opiniones, dictámenes y fallos judiciales. La renegociación de los contratos de obras y servicios públicos junto al resurgimiento de las figuras empresariales estatales como prestadoras, marcó una nueva etapa de límites imprecisos cuya permanencia y consecuencias desconocemos.

Sin embargo, los controles administrativos mantienen su estructura original, por eso creemos necesario repasar las principales características y consecuencias de las funciones por los Entes Reguladores de Servicios Públicos, las Unidades de Auditoría Interna (UAI), la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) la Auditoría General de la Nación (AGN) y el Defensor del Pueblo de la Nación.

I. De los entes reguladores de servicios públicos

A. Modalidades del control

El control al concesionario o licenciatario constituye una de las actividades más específicas de los entes y está constituida por un grupo de facultades¹.

Ahora bien, comprobamos que en los regímenes legales que otorgan competencia a los entes reguladores se alude a la fiscalización, la verificación, al control de procedimientos, actividades, obligaciones: vgr. el régimen tarifario, cumplimiento de la ley, de los planes de mejoras y expansión, la procedencia de ajustes a tarifas.

¹ Comprende el régimen tarifario, la procedencia de las revisiones y ajustes que deban aplicarse a los valores tarifarios, los planes de obra y de mantenimiento aprobados, los planes de mejoras y expansión aprobados y los planes de inversión, operación y mantenimiento, el mantenimiento de las instalaciones afectadas a las obras y servicios, a vigencia de seguros y garantías, y sus actualizaciones. BIANCHI, A.: *La regulación económica*, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2001.

Entendemos que el legislador utilizó estos términos indistintamente, aún cuando en ciertos casos –la norma indica alguna modalidad especial como la inspección², la revisión³ y la auditoría⁴.

Y ello debe ser así porque, es ajustado a la naturaleza jurídica y al alcance de sus competencias, dejar a cargo del Ente la modalidad o procedimiento aplicable para ejercer ese control.

Esa función ejercida por el ente debe ser *permanente, continua, intensa y completa*, involucrado las figuras del control previo, concomitante y posterior.

Nada obsta a que el control se concrete mediante las técnicas de la auditoría, de la inspección, del monitoreo o la simple verificación.

Podríamos decir, desde la ubicación institucional de quien controla y es controlado que el control de los entes, es externo, en la medida que no forman parte de la estructura del concesionario o licenciatario.

Todo el *universo del control* de los entes son los servicios públicos (en cambio para la SIGEN, las UAI y la AGN éstos constituyen una de las materias a controlar). Tampoco hay restricción en cuanto al alcance, ni es necesario distinguir si es un control de legalidad, de gestión o financiero, porque debe abarcar todas las actividades, instrumentos y procedimientos vinculados a la prestación del servicio.

Por ello, la omisión del control o su ejercicio deficiente, acarrea un agravamiento en la responsabilidad en el caso de los entes, aún cuando la mera comprobación de una negligencia u omisión no sea suficiente para que el ente resulte responsable; pues resulta necesario establecer el nexo causal entre aquella y los daños reclamados⁵.

B. Consecuencias

El control que ejercen puede derivar en una sanción, de conformidad con los marcos regulatorios.

² Ley 24.065, art. 56 inc. n), ley 24.076 art. 56 inc. o)

³ Decreto 999/92, art. 17 inc. t)

⁴ Por ejemplo en el caso del ETOSS (Ente Regulador del Agua)

⁵ En ese sentido, BIANCHI, A.: *La regulación...* op.cit., Cap. VI. La responsabilidad de los entes no excluye la responsabilidad individual de los directores, la que deberá ser evaluada en función del hecho o acto irregular y del actuar culposo o doloso de aquellos.

Asimismo, cuando como consecuencia del ejercicio de estas facultades se comprobara que por culpa del concesionario existe un serio peligro para los usuarios o los bienes afectados al servicio, algunos entes pueden requerir al Poder Ejecutivo nacional la intervención cautelar de aquél⁶.

La intervención administrativa es el control que se realiza mediante la designación de un funcionario que puede sustituir a otro o vigilarlo, atento la existencia de una situación grave en el seno del órgano intervenido⁷. Con ella se intenta mantener el principio de jerarquía y de autoridad y restablecer el orden administrativo.

Por eso llama la atención la naturaleza de esta institución en cabeza del ente regulador. Como señala Bianchi, es una de las medidas más extremas que puede tomarse respecto de un prestador, pues el ente regulador o el Poder Ejecutivo podrían desplazar a sus órganos societarios en la conducción empresarial⁸.

Por nuestra parte, coincidimos con ese criterio y creemos que los supuestos de intervención aplicadas en personas jurídicas extrañas a la organización de la Administración Pública, deben ser restrictivamente analizados. Por eso, cuando la legislación permite este tipo de medidas, exige determinados recaudos, de forma tal que solo corresponda disponerla en forma excepcional –por ejemplo en los casos de los entes públicos no estatales como los Colegios profesionales y el Instituto nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados–.

⁶ Etoss, Decreto 999/92, art. 17.p., Ocraba, Decreto 1994/93, art. 16.r.

⁷ IVANEGA, M. M.: *Principios de administración pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2005-Cap. V.

⁸ BIANCHI: *La regulación...* op.cit. pág. 250.

⁹ Las UAI, son órganos desconcentrados que funcionan en cada jurisdicción y ente del Poder Ejecutivo nacional, dependiendo jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo. La ley 24.156 les atribuye el *examen posterior* de las actividades financieras y administrativas del organismo al que pertenecen, aunque podrían actuar en forma previa al dictado del acto, a título de asesoramiento, es decir sin carácter vinculante. Funcionan bajo la supervisión y coordinación técnica de la SIGEN; aunque no depende jerárquicamente de ésta ya que no forma parte de su estructura administrativa. En el marco de sus competencias, verifican el cumplimiento de las políticas, planes y procedimientos establecidos por la máxima autoridad del organismo del que dependen, revisar y evaluar la aplicación de los controles operativos, contables, de legalidad y financieros, controlar el ajuste de las erogaciones a las normas legales y de contabilidad, produciendo informes sobre las actividades que desarrollan y formulando recomendaciones u observaciones.

II. De las unidades de auditoría interna (UAI)⁹, la sindicatura general de la nación (SIGEN)¹⁰ y la auditoría general de la nación (AGN)¹¹ – La técnica de la auditoría

A. Modalidades del control

1. Introducción

El control posterior y específicamente el caso de la auditoría, permite proporcionar información a los Poderes del Estado y a la opinión pública acerca de la evolución de la gestión de la Administración Pública¹².

¹⁰ La SIGEN es un ente autárquico, unipersonal. Su titular es el Síndico General de la Nación –designado por el Poder Ejecutivo Nacional, de quien depende directamente– que es asistido por tres (3) Síndicos Generales Adjuntos designados también por dicho Poder y que sustituyen al titular del organismo en caso de ausencia, licencia o impedimento. La Sindicatura tiene tres funciones básicas normativa, de supervisión y coordinación. Es competencia de dicho Organismo (artículo 104 Ley 24.156): a.Dictar y aplicar normas de control interno; b.Emitir y supervisar la aplicación de las normas de auditoría interna; c. Supervisar el cumplimiento de las normas contables emanadas de la Contaduría General de la Nación; d.Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno; e.Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las UAI; f.Aprobar y supervisar los planes anuales de trabajo elaborados por la UAI; g.Realizar o coordinar la realización por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías financieras, de legalidad, de gestión, estudios especiales, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones; h.Comprobar la puesta en práctica, por parte de los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las UAI; i.Asesorar al Poder Ejecutivo Nacional y autoridades de las jurisdicciones y entidades en materias de su competencia; j. Formular a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia; k.Informar al Poder Ejecutivo Nacional los actos que hubiesen acarreado o que pudieran hacerlo, significativos perjuicios para el patrimonio público; l. Mantener un registro central de auditores y consultores; m. Ejercer las funciones del artículo 20° de la Ley N° 23.696 en materia de privatizaciones, sin perjuicio de la actuación de la Auditoría General de la Nación; n.Ejercer todas las funciones de control derivadas de las Leyes 23.696 (Reforma del Estado) y 23.982 (esta última relacionada con el régimen de consolidación de deudas, que exige que para solicitar el pago de las deudas a consolidar, los titulares de los derechos que hayan sido definitivamente reconocidos, deben presentar la liquidación judicial aprobada y firme de sus acreencias, o la liquidación administrativa definitiva que cuente con la previa conformidad del órgano de control interno) y sus reglamentaciones; o. Realizar las tareas correspondientes a la auditoría de juicio conforme al artículo 31° del Decreto N° 2140/91; pág. Efectuar un seguimiento adecuado de declaraciones patrimoniales de funcionarios públicos, vigilando el cumplimiento de esas obligaciones; q.Verificar la efectiva adopción de las medidas tendientes a la prosecución oportuna en sede judicial del resarcimiento de los daños patrimoniales causados por los responsables realizando un seguimiento permanente sobre esas causas; r. Requerir de la Contaduría General de la Nación y de los organismos comprendidos en el ámbito de su competencia, la información que le sea necesaria, para el cumplimiento de sus funciones. Los agentes y/o autoridades del sector público nacional deben prestar su colaboración, considerándose la conducta adversa como falta grave (artículo 106).

¹¹ La Ley N° 24.156, en el Título VII, regula las atribuciones y conformación de la Auditoría General de la Nación, organismo autárquico, con autonomía funcional creado en el ámbito

Esta técnica se caracteriza por la aplicación de determinadas técnicas y/o procedimientos, a cargo de “auditores”, que no intervinieron en las operaciones controladas, que implica la revisión de éstas.

La auditoría gubernamental, portanto, se orienta a contribuir al establecimiento de una organización adecuada y de los recursos necesarios para cumplir con los objetivos y metas.

La auditoría puede ser interna o externa, distinguiéndose según la relación del auditor con el organismo. La *interna* es la que se practica por auditores que se encuentra en el ámbito de la entidad, mientras que la auditoría externa es la llevada a cabo por un auditor independiente que no tiene relación de jerarquía con el ente auditado.

del Poder Legislativo. Tiene a su cargo el control externo posterior, que ejerce a través de la técnica de auditoría estando facultada para ello, a contratar profesionales independientes. En la reforma del año 1994, fue incorporado a la Constitución Nacional (artículo 85°) Es un órgano colegiado, cuyo Presidente es designado a propuesta del partido político de oposición, con mayor número de legisladores en el Congreso. Carece de facultades jurisdiccionales para deslindar las responsabilidades de los funcionarios públicos y de atribuciones para aplicar multas y formular observaciones con carácter suspensivo. En el esquema normativo aplicable, encontramos que en sentido estricto, el órgano de control externo es el Congreso Nacional, y la AGN su asistente. Su autonomía funcional le permite ejercer su función técnica de control sin que puedan ser intervenida por el Congreso Nacional; así como dictar su propio reglamento de funcionamiento interno sin necesidad que deba ser ratificado por éste. El artículo 117 de la ley 24.156 establece que es materia de competencia de la Auditoría General de la Nación, el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos. Se excluye expresamente del control de la AGN al presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, miembros de la Corte Suprema de Justicia. La ley dejó a su cargo, el control externo posterior del propio Congreso de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Ministerio Público disponen las modalidades y los alcances de la puesta en práctica del sistema instituido, pudiendo acordar con la AGN su control externo posterior. Las funciones están previstas en el artículo 118° de la ley.

¹² La Ley N° 24.156 tuvo como objetivo, en materia de control, eliminar el control previo con el esquema de los Tribunales de Cuentas e introducir la metodología aplicable en los países anglosajones, es decir la auditoría. La filosofía que imperó en la reforma de la Administración Financiera, apuntó justamente a evitar la continuidad de instrumentos de control previo, como la observación legal y el “intervenido conforme”, ejercidos por el órgano de control externo. Recordemos que en el mensaje presidencial al proyecto de la Ley N° 24.156, se señala que “no se compecede con los modernos esquemas de administración financiera en el sector público la práctica del “control previo” por instituciones exógenas al propio organismo o repartición pública. El ejercicio del control previo se encuadra, como se ha indicado anteriormente, dentro de la “estructura de control interno” que es una de las responsabilidades que compete a la alta dirección de cada jurisdicción y entidad del Sector Público. Se trata de reconocer la función de “gerencia responsable, a tiempo completo”, dentro de la cosa pública dejando aparte, por inadmisibles en la teoría y praxis de la Administración Pública en un Estado moderno, la filosofía de control de sector público imperante inmediatamente antes y después de la crisis de los años treinta” Mensaje N° 632 del 12 de abril de 1991.

Es una evaluación independiente sobre operaciones y sistemas de control dentro de una organización, con el fin de determinar si las políticas y procedimientos establecidos son aplicados, los estándares fijados son alcanzados, los recursos son utilizados eficientemente y económicamente, los planes son realizados de manera eficiente y en general si los objetivos de la organización se están realizando.

Contribuye a mejorar el funcionamiento de una organización, pero no puede y no debería sustituir a un buen sistema de control interno¹³ Conforme a las Normas de Auditoría Interna Gubernamental aprobadas por la SIGEN mediante Resolución 152/2002¹⁴ compete a la auditoría interna gubernamental examinar en forma independiente, objetiva, sistemática y amplia el funcionamiento del sistema de control interno establecido en las organizaciones públicas, sus operaciones y el desempeño en el cumplimiento de sus responsabilidades financieras, legales y de gestión, formándose opinión e informando acerca de su eficacia y de los posibles apartamientos que se observen.

También debe brindar asesoramiento, en aspectos de su competencia, a los responsables de darle solución a los problemas detectados, con una orientación dirigida a agregar valor al conjunto de la organización.

Son objetivos de esta auditoría:

- a) El adecuado funcionamiento de los Sistemas, en particular el de Control Interno.
- b) La correcta aplicación de la Normativa vigente (Leyes, Decretos, Reglamentos, Manuales, Políticas, etc.).
- c) La confiabilidad e integridad de la información producida.
- d) La economía y eficiencia de los procesos operativos.
- e) La eficacia y el desempeño de los distintos segmentos y operadores de la organización (Programas, Actividades, Proyectos, Sistemas, Procesos, etc.).
- f) La debida protección de los activos y demás recursos.
- g) La eficacia de los controles establecidos para prevenir, detectar y disuadir la ocurrencia de irregularidades y de desvíos en el cumplimiento de los objetivos.

¹³ Conferencia de INTOSAI sobre Control Interno, celebrada en Budapest, mayo 2000

¹⁴ B.O. 28/10/02

h) La evaluación de riesgos en los sistemas de gestión, con especial orientación a la implantación de medidas correctivas de deficiencias detectadas.

La auditoría externa es el

...examen estructurado de registros u otra búsqueda de evidencia, con el propósito de sustentar una evaluación, recomendación u opinión profesional con respecto a: la consistencia de los sistemas de información y control, la eficiencia y efectividad de los programas y operaciones, el fiel cumplimiento de los reglamentos y políticas prescritos y/o razonabilidad de los estados financieros e informes de rendimiento que pretenden revelar las condiciones actuales y los resultados de pasadas operaciones de un organismo o programa...¹⁵.

Otra clasificación es la que se vincula con la materia sujeta a control, se habla entonces de auditorías de cumplimiento, financiera y de gestión.

Mediante la primera se verifica si una entidad ha cumplido con la normativa legal que le es aplicable. Los auditores señalarán los incumplimientos producidos, analizando las causas y posibles daños causados.

La *auditoría financiera o contable* es la dirigida a analizar si los estados contables e informes financieros se confeccionaron conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados y si representan la realidad económica del organismo¹⁶.

Con la *auditoría de gestión*, se examinan “programas, planes, proyectos y operaciones de una organización o entidad pública, a fin de medir e informar sobre el logro de los objetivos previstos, la utilización de los recursos públicos en forma económica y eficiente, y la fidelidad con que los responsables cumplen con las normas jurídicas involucradas en cada caso”¹⁷.

2. Características de la auditoría

– Como técnica de control no se detiene ante casos puntuales sino que apunta mejorar el funcionamiento general de la Administración Pública. “Esto no quiere decir que sea superior al resto de los sistemas de control, sino que es distinto y que se adecua a los objetivos del control moderno”¹⁸.

¹⁵ Resolución AGN N° 145/93 “Normas de Auditoría Externa de la Auditoría General de la Nación”.

¹⁶ La Resolución N° 145/93 de la Auditoría General de la Nación, la define como “... el examen de información financiera por parte de una tercera persona distinta de la que la preparó, con la intención de establecer su razonabilidad dando a conocer los resultados de su examen, a fin de aumentar la utilidad de tal información”.

¹⁷ Definición contenida en Resolución N° 145/93 AGN.

¹⁸ CHARRY, H. P.O.: “Administración Pública y Auditoría”, *RAP*, 325, Buenos Aires, 2005, págs. 79 y sigs.

- Los grupos de trabajo que llevan a cabo las auditorías son multidisciplinarios. Los auditores deberán responder a distintas disciplinas, ciencias económicas, derecho, informática y administración.
- La modalidad de trabajo: El auditor va “hacia el auditado” busca la información, se constituye en el organismo a control. Existe una interacción entre controlante y controlado, mayor que en el caso del control previo.
- Debe determinarse en forma precisa el objeto de la auditoría. Ello es fundamental en la medida que las conclusiones a que se arribarán sólo estarán relacionadas con el objeto controlado. Cuanto más preciso sea el objeto de control, más claros resultarán los resultados y el informe de auditoría.
- En el control que practican se aplica el procedimiento del *muestreo*, dada la imposibilidad de realizar un control exhaustivo sobre toda la actividad económica, financiera, jurídica, etc. de los entes y organismos que caen bajo su competencia. No obstante ello, ese muestreo debe resultar lo suficientemente significativo, para que a través de él, el auditor pueda formarse un juicio sobre la calidad y regularidad de las operaciones.
- Los procedimientos de auditoría: implican una modalidad particular; pues además de la recopilación y relevamiento de antecedentes normativos, solicitud de información y documentos, se llevan a cabo entrevistas con integrantes del organismo auditados y verificaciones *in situ*. Las entrevistas son una buena oportunidad para interiorizarse del funcionamiento de la dependencia; los problemas administrativos que presenta; si está organizada conforme a los reglamentos. Si el auditor lo estima necesario, formulará algunas preguntas por escrito a través de un cuestionario o solicitará por nota explicaciones sobre situaciones y/o actuaciones que crea conveniente documentar¹⁹.
- El trabajo del auditor concluye con un informe, el que debe ser comunicado al auditado y autoridades que indique la legislación. En efecto, recuérdese que la auditoría no es un control represivo, a través de ella no se persigue imponer sanción alguna, es una técnica en el cual se aplican la ciencia y arte del profesional o profesionales actuantes.
- El Informe de Auditoría, contiene acápite tales como el destinatario, la identificación del objeto y alcance del trabajo de auditoría, observaciones y comentarios y las recomendaciones²⁰.

¹⁹ CHARRY, H. P.O.: *Administración...*op.cit.

²⁰ La SIGEN mediante resolución 152/02 ha regulado, entre otros aspectos, cuestiones sobre esta materia, en el Capítulo III “Comunicación de los resultados de auditoría”. La AGN por su parte, a través de la resolución 145/93 –Normas de Auditoría Externa– estableció las características y apartados que deben incluirse en sus informes.

– La estructura de ese informe, es peculiar. En los capítulos de observaciones y comentarios, se identifican las deficiencias, los desvíos detectados y su relevancia institucional y jurídica; los que dan paso a las recomendaciones. El auditor al concluir su trabajo, relata hechos, procedimientos aplicados, y determina las anomalías halladas, evalúa, opina, manifiesta su parecer acerca del cumplimiento legal, la adecuación de la gestión a las 3 E, la conformidad de los estados financieros a los principios de contabilidad generalmente aceptados (según el tipo de auditoría que se practique) en el marco del objeto de auditoría y del ámbito institucional en el cual se llevó a cabo. Aquél, expresa en su informe, qué vió, cómo lo analizó, qué irregularidades encontró y qué recomienda corregirse. Este último aspecto, dentro de la estructura del informe, está expresado en las denominadas recomendaciones. Ellas, que han de relacionarse directamente con las observaciones y comentarios, indican las acciones que debe adoptar el auditado y las correcciones y/o modificaciones que debe llevar a cabo.

En consecuencia, las observaciones y recomendaciones no pueden consistir en “generalidades” que impidan al auditado conocer en forma certera si debe modificar o no un procedimiento, un sistema de registro, aumentar el personal, etc. Las recomendaciones, al ser consecuencia de un juicio de valor, deben ser concretas, relevantes, convincentes en el fondo y en la forma, expresadas en sentido positivo y constructivo²¹. Pierde sentido la elaboración de recomendaciones, si ellas traducen un simple formulismo lingüístico, repetitivo, que no transmite, con certeza, la necesidad de que el auditado las implemente. Su relevancia radica, en que están dirigidas a indicar al controlado los mecanismos y medidas que deben adoptarse o corregirse, si esto no se expresa en forma comprensible, el objetivo del control –en el caso de la auditoría– fracasa, ya que el controlado no podrá modificar su accionar.

En definitiva, el informe de auditoría debe ser claro, preciso, simple, imparcial y autosuficiente.

– El principal sustento documental de los informes son los denominados “papeles de trabajo” que tienen por función demostrar, paso a paso, el trabajo realizado por el auditor, las muestras o elementos sobre los que realizó la auditoría, los apartamientos que observó en cuanto a las normas legales, usos o prácticas. Por medio de ellos, se prueba lo verificado por el auditor y la secuencia de su trabajo.

²¹ ORDOKI URDAZI, L.: “La puesta en práctica de las recomendaciones de los OCEX” en *Revista Auditoría Pública* N° 23, abril 2001.

B. Consecuencias

1. El auditor no aplica sanciones, no dirime responsabilidades, solo controla. La ley ha separado control de responsabilidad. El resultado del control puede producir la imposición de sanciones o la exigencia de responsabilidades de los funcionarios, pero éstas consecuencias no forman parte de aquella actividad²².

2. Cada organismo de control comunica los informes conforme lo indica la normativa legal y reglamentaria:

– la SIGEN: al auditado²³; al Presidente de la Nación²⁴, a la Auditoría General de la Nación²⁵; a la opinión pública en forma periódica²⁶.

– las UAI: el Auditor Interno remite los informes a la autoridad superior del organismo²⁷ y a la SIGEN, por ser el órgano superior en materia de control interno.

– La AGN: sus informes técnicos son remitidos a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, al Jefe de Gabinete de Ministros, al Ministro del área y al órgano, ente o empresa auditada.

3. Es generalizada la inquietud acerca de qué sucede después de remitirse el informe de auditoría.

No existe norma legal que establezca la obligatoriedad, de los entes auditados, a ajustarse a las recomendaciones formuladas por los organismos de control (lo cual nos lleva a sostener que se trata de un dictamen obligatorio no vinculante), entiendo que existen razones suficientes para sostener que, aplicarlas, resulta una obligación.

²² LOZANO MIRALLES, J.: “Control, auditoría y fiscalización”, en revista *Auditoría Pública*, Gasteiz, 1995, N° 3.

²³ Ello surge del artículo 104 inc. j) que incluye que entre las funciones la de “formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativos, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

²⁴ Artículo 104 inc. k); art. 107 inc. a).

²⁵ Artículo 107 inc. b); art. 112 inc. h). Este último indica que deberá informar a la AGN los actos o conductas que impliquen irregularidades, de las que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

²⁶ Artículo 107 inc. c).

²⁷ En general esta autoridad lo deriva hacia el funcionario que tiene a su cargo el funcionamiento interno del organismo, (por ejemplo Subsecretario de Administración).

Como sostuvimos anteriormente, las recomendaciones constituyen una característica de este tipo de control. Por esto, sumado a que la función controladora –administrativa en este caso– encuentra sustento en el propio Estado de Derecho, opinamos que los órganos y los entes sometidos a la competencia de los organismos de control, deben sujetarse a las observaciones y recomendaciones de aquellos y en su caso informar las causas que obstan a su implementación.

De esto se colige, la necesidad de practicar un adecuado seguimiento de las recomendaciones disponiendo nuevo control cuyo objeto, justamente, verse sobre el cumplimiento de aquellas éstas a efectos de verificar los beneficios, inconvenientes, plazos y alcance de su implementación.

III. Las falencias del control

A. El objetivo del control – La credibilidad social

Prescindiendo del concepto jurídico de servicio público y de las doctrinas que explicaron su noción y contenido; afirmamos que el control ejercido sobre ellos debe tender a preservar su fin, es decir la satisfacción de las necesidades que una comunidad considera primordiales o esenciales²⁸.

Por ello los controles sin obstaculizar la gestión, deben permitir el equilibrio de derechos e intereses y constituir una función tan transparente como la actividad de los sujetos controlados.

La protección del usuario se impone como necesidad por la desigual condición que tiene frente al prestador del servicio público. No existe un intercambio de prestaciones o de condiciones equivalentes²⁹. El control entonces, debe contrarrestar los efectos negativos de esa característica.

Los derechos del usuario del servicio público poseen base constitucional y legal, y los medios de protección conforman un abanico de instrumentos en los ámbitos administrativo y judicial. Incluimos en ese universo, mecanismos directos de defensa como el amparo constitucional, los procedimientos recursivos, las audiencias públicas, instados en forma individual o mediante las asociaciones de defensa de los usuarios y consumidores y el Defensor del Pueblo; e indirectos a través de la Oficina Anticorrupción, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación.

²⁸ En este último sentido ver CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.

²⁹ Causa Yousefíán Martín c/ Estado Nacional (Secretaría de Comunicaciones) s/ amparo ley 16.986 del 23/6/98- Sala IV CNACAF.

En definitiva, al cumplir con las atribuciones legales los efectos del control que ejercen estos organismos, trascienden a las personas jurídicas públicas o privadas sometidas a su competencia, para expandirse hacia el usuario de los servicios públicos; evaluando, observando y recomendando en los casos de una prestación deficiente. De esta forma, coadyuvan al logro de la protección y defensa de los derechos de los usuarios, y por ende se insertan también en las previsiones del artículo 42° de la Constitución Nacional.

Sin embargo se advierte una falta de confianza y de credibilidad por parte de la sociedad, motivada en la ausencia de resultados concretos y en la percepción de que “nada se modifica, ni mejora”.

Respecto de los *entes reguladores de servicios públicos*, la desconfianza proviene de la falta de medidas concretas y rápidas, para prevenir y solucionar las deficiencias en la prestación; la demora en la resolución de los reclamos; la aplicación de procedimientos burocráticos no uniformes para gestionar solicitudes de todo tipo; las presiones que los entes reciben por parte de los prestadores y de los ámbitos políticos.

En relación a la *SIGEN*, las *UAI* y la *AGN* existen factores que también echan un manto de desconfianza sobre su actividad. La dependencia política y la forma de seleccionar a los responsables de los organismos, son sólo dos de dichos aspectos. La falta de conocimiento de las funciones y la real utilidad que puede tener la actividad desplegada por estos organismos contribuye a esta negativa situación.

Sumemos la ausencia de un régimen idóneo de responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos. El afianzamiento de la responsabilidad del Estado en forma directa y objetiva, produjo el desplazamiento de la responsabilidad individual de los funcionarios. No obstante, en el marco del Estado de Derecho, los funcionarios a título personal pueden (y deben) ser patrimonialmente responsables con independencia de la responsabilidad estatal.

Por ello, a esta altura, solo cabe plantear directamente qué tipo de sistema o procedimiento es más efectivo: ¿corresponde dotar de facultades materialmente jurisdiccionales a los organismos de control ya creados? O ¿resulta conveniente crear un tribunal administrativo con funciones únicas y específicas en esta materia?

Lo cierto es que la sociedad *no cree en el control* y es así porque lamentablemente en el ejercicio de esa función, se soslaya su identificación con una de las

expectativas sociales más imperiosas: la vigencia de la juridicidad republicana, en los términos de JULIO COMADIRA³⁰.

B. La independencia de los organismos de control

Alcanzar la condición de “independiente” requiere, como mínimo, la confluencia de ciertas circunstancias: que los organismos se encuentren dotados de una real y efectiva autarquía, garantizándose la denominada “autonomía funcional”, que sus integrantes posean conocimientos técnicos, experiencia, ética y profesionalismo.

Pero la independencia es también una actitud mental y un criterio de actuación profesional de las autoridades que los hace creíbles y confiables; que se complementa con la independencia administrativa y financiera de la organización.

Ya hemos puntualizado que la forma de garantizarla, implica el cumplimiento de ciertas normas:

- Imparcialidad: entendida como consideración objetiva de los hechos y su juicio imparcial por el auditor.
- Apariencia de imparcialidad: evitar cualquier actitud que implique dudar de la independencia del auditor.
- Ausencia de incompatibilidad: inexistencia de circunstancias personal o externas que disminuyan la independencia.

Atentan contra ella, los nombramientos de dudosa compatibilidad, las selecciones inadecuadas de personal, la alteración o manipulación de informes técnicos.

Referirse a la independencia es aludir a la imparcialidad, la neutralidad y la objetividad y la imparcialidad.

La imparcialidad, es un principio que regula todas las actividades que componen la función administrativa y “consiste en el necesario desinterés del funcionario respecto de los intereses del administrado o de los administrados que son parte de un conflicto”. La Administración y sus agentes se sujetan exclusivamente al interés público que deben satisfacer en forma objetiva.

³⁰ COMADIRA, J. R.: *Palabras de Apertura en Control de la Administración administrativa, legislativo y judicial*. Edic. RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 13.

Distinto es la imparcialidad de la función judicial, que constituye uno de los aspectos de la independencia, la que se integra con la autonomía respecto de los otros poderes estatales³¹ La neutralidad –un aspecto de la independencia– constituye también una condición ineludible de actuación. Se es neutro cuando “no se toma partido”, pues esto puede implicar no controlar, no aplicar sanciones frente a la deficiencia en la prestación del servicio.

La objetividad se vincula con la aplicación de las normas técnicas del controlante, que no debe desvirtuar los hechos y desarrollar su trabajo en base a juicios y criterios profesionales.

Veamos esta condición en los organismos de control:

– *Entes reguladores de servicios públicos*: resulta relevante para asegurar la independencia, el tipo o naturaleza jurídica que la legislación le atribuye. La autarquía, en la actualidad, parecería ser la modalidad más efectiva, aunque ella debe ir acompañada de reglas y acciones coherentes con ese carácter.

Sin entrar a analizar la discusión acerca de si la autarquía cumple con los requerimientos constitucionales o no del artículo 42³², es necesario remarcar que efecto, de nada sirve categorizar a un organismo como autárquico –o incluso simplemente descentralizado– si la selección de sus funcionarios superiores está librada a la discreción absoluta de las autoridades políticas; si es objeto de prolongadas intervenciones de sus órganos de conducción; o si puede recibir instrucciones de otro organismo, afectando su autonomía funcional.

Es indudable que conceder normativamente determinada naturaleza jurídica a un ente no lo convierte en tal, sino se le garantiza en los hechos el efectivo ejercicio de las atribuciones otorgadas.

En cuanto a sus directivos, dos aspectos constituyen pilares de la independencia: un régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses y la selección objetiva basada en el mérito y capacidad.

Entendemos aplicable a este caso, lo señalado en su oportunidad³³ respecto a la SIGEN y a la AGN, en cuanto a que debe existir neutralidad política, de

³¹ MATA, I.: “El caso “Angel Estrada” y la competencia de los entes reguladores para resolver conflictos sobre daños y perjuicios” en *Revista Argentina de la Administración Pública*, RAP 322, Buenos Aires 2005.

³² Ver GORDILLO, A. y su criterio respecto a la independencia de los entes reguladores. *Tratado de derecho administrativo*, T. II, FDA, 6ta. edición, Buenos Aires, 2003.

³³ IVANEGA, M. M.: *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 2003, Cap. II.

forma tal que conserven su independencia de ese tipo de influencias, para desempeñar con imparcialidad sus responsabilidades.

Recuérdese que esta condición, tropieza en los hechos, con la situación que genera su “captura” por los prestadores. Esta desviación afecta a la imparcialidad a la hora de tener que decidir conflictos. Por ello esa condición debe predicarse de los prestadores, de los usuarios, de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios³⁴.

Como ha señalado GORDILLO la independencia del poder político es un reaseguro para la defensa de los intereses públicos y de los usuarios. Generalmente esta influencia se dirige a beneficiar a los prestadores o a los usuarios³⁵ Es fundamental evitar la manipulación de las decisiones de los entes. Por ejemplo, como planteamos con anterioridad³⁶ las competencias asignadas a la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos pueden afectar la independencia de los Entes Reguladores frente a la posibilidad de que aquella les impartiera instrucciones precisas, a través de su Secretario Ejecutivo, para que realicen los trabajos técnicos que estime necesarios, pudiendo ordenar la supervisión de su desarrollo.

En cuanto a la forma de designación, un procedimiento de selección previo al nombramiento otorgaría mayor legitimación democrática³⁷.

Si bien la competencia para su designación corresponde al Poder Ejecutivo, la selección por antecedentes u oposición son manifestación de transparencia, que contrarrestan los efectos negativos de nombramientos “dirigidos”, sujetos a pautas extrañas a la especialidad y la capacidad.

Las exigencias de independencia e imparcialidad deben ser valoradas restrictivamente en el caso de los entes reguladores, dado que la relación con los controlados es directa y “exclusiva”: su ámbito de competencia comprende las empresas generadoras, distribuidoras, transportistas.

– Unidades de Auditoría Interna: La ubicación institucional del auditor interno pone en duda su independencia e imparcialidad. Se desconfía del

³⁴ AGUILAR VALDEZ, O.: “Apuntes sobre el control administrativo de los entes reguladores de servicios públicos”, AAVV: *Control de la Administración Pública*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003. Este autor también indica que, sin perjuicio de que el riesgo de la desviación del regulador se efectúe hacia los intereses de las empresas, se ha señalado también el riesgo de la captura inversa, es decir por los consumidores o usuarios.

³⁵ En sentido similar, AGUILAR VALDEZ, O.: *Apuntes sobre el control administrativo...*op.cit.

³⁶ IVANEGA, M. M.: *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, Editorial Sherwood, Caracas, 2006.

³⁷ GORDILLO, A.: *Tratado...*op.cit.XV-7.

control que un funcionario puede ejercer sobre otro que lo designa y remueve a discreción.

Aún cuando estamos en presencia de un tipo de control especial, no represivo, que se engarza y armoniza con el resto de los controles, es del caso señalar que la independencia es una condición que, con ciertas particularidades, éstos también deben cumplir.

Y en ese sentido, la ley 24.156 previó pautas para garantizarla, como por ejemplo la determinación de los perfiles de los auditores internos por parte del órgano rector del sistema de control interno (SIGEN) y las funciones de supervisión que éste ejerce conforme al artículo 104° incisos b), e), f), g) de la citada ley.

En realidad, la independencia de estos funcionarios encuentra su principal sustento en el desempeño objetivo de sus funciones, en la emisión de juicios imparciales, sin influencias ajenas a las tareas de auditoría.

Por eso, constituyen obstáculos graves a la tarea de las UAI, situaciones en las que las autoridades de la jurisdicción o entidad coartan o intentan coartar la independencia de criterio o las actividades del Auditor Interno.

Las Normas de Auditoría Interna Gubernamental aprobadas por la SIGEN, contemplaron la independencia y objetividad, rigiendo en materia de incompatibilidades funcionales y éticas la Ley 25.188.

En la práctica muchas de las fallas del control de las UAI se producen porque al designar al auditor interno, la máxima autoridad de la entidad, enfatiza “la confianza” en el funcionario por sobre la neutralidad que éste debe poseer. De esta forma, el rol controladores es desplazado por el de co-gestores, desvirtuándose la noción de control instituido por la ley 24.156.

– *Sindicatura General de la Nación*: Valen similares consideraciones en cuanto a la exigencia de independencia y la aplicación de las Normas de Auditoría Interna Gubernamental.

Sin embargo, en atención a la naturaleza de la función y la jerarquía institucional, respecto a las autoridades superiores, es decir el Síndico General y de los Síndicos Adjuntos correspondería aplicar un procedimiento de difusión –previo a la designación– de los antecedentes técnicos del futuro funcionario, a efectos de que ciudadanos y asociaciones, pudieran presentar observaciones, sugerencias, adhesiones, etc. Todo ello sin olvidar que, las designaciones corresponden en forma exclusiva al Presidente.

La aplicación *efectiva* de un régimen de incompatibilidades y de conflictos de intereses acorde con la relevancia de los cargos superiores de la SIGEN, es esencial para asegurar la independencia, sumado a una específica idoneidad técnica en materia de control.

Al detenernos en el sentido y el fin del control interno³⁸, verificamos que el verdadero interesado en preservar los valores de esa función, pilar de la Administración, debe ser justamente el Poder Ejecutivo, es decir quien designa a los titulares del máximo organismo de control interno. Por eso, a él corresponde, a la hora de medir las condiciones para acceder a la función, aplicar criterios de ecuanimidad, dando prioridad a la idoneidad técnica y la independencia.

– *Auditoría General de la Nación*: La experiencia nos indica la necesidad de garantizar su independencia a través de medidas concretas.

En efecto, la AGN como organismo técnico no puede recibir indicaciones, en este sentido, de ningún otro ente u órgano. La ley y las normas reglamentarias que se dicten, deben asegurar la autonomía de criterio en el ejercicio de sus funciones. Ni el objeto a control, ni los métodos aplicados, ni los resultados, pueden estar sujetos a órdenes o indicaciones que afecten su independencia.

Ello está vinculado con su presupuesto; éste es fundamental para desarrollar la función de control y para eso la AGN debe contar con autonomía para fijarlo y distribuirlo.

En cuanto a la forma de designación, las autoridades son nombradas conforme lo establece la Constitución y la ley 24.156³⁹.

Es decir, nos encontramos con un organismo que si bien es independiente del Poder Ejecutivo, no lo es respecto del Legislativo: por ende los temores

³⁸ El control interno es un mecanismo por el cual los administradores pueden medir el esfuerzo en relación con las metas propuestas, y comprobar se están logrando o no. Un buen sistema de control interno “es como un informe enviado a un artillero que está disparando a un blanco situado más allá de su campo visual...debe desempeñar siempre una función central en la dirección administrativa, y en la administración pública deberá dársele más importancia...” (DIMOCK MARSHALL W. Y DIMOCK GLADYS O., “Administración Pública”, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1ra. edición en español–traducción de la 3ra. edición en inglés–México. Es una función en la que participan todos los componentes de una organización, pues fundamentalmente es un medio para llegar a un fin, no un fin en sí mismo.

³⁹ El órgano de conducción es colegiado, compuesto por siete (7) miembros; un Presidente, tres auditores generales son designados por la Cámara de Senadores y tres por la Cámara de Diputados, de acuerdo a la composición política de cada cámara. Su mandato es de ocho años y se renuevan por mitades cada cuatro. El Presidente es designado a propuesta del partido político de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, conforme al artículo 85º de la Constitución Nacional.

originados en las influencias que sobre los órganos de control externo puede ejercer el Poder Ejecutivo (en el caso que dependan de éste), resultan aplicables, en su totalidad, a los supuestos de dependencia con Poder Legislativo.

En efecto, la elección de las máximas autoridades puesta a cargo de este Poder, puede derivar en claras presiones políticas y partidarias, que impidan el ejercicio del control conforme lo exige el ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de establecer exigencias de capacitación y experiencia para ocupar dichos cargos; así como transparentar el procedimiento de elección; sin afectar las competencias de las Cámaras legislativas.

Desde otro ángulo, en las Normas de Auditoría Externa de la AGN, se hace especial referencia a la independencia de criterio del auditor, quien debe mantener una actitud mental independiente y objetiva en todo lo relacionado con su actuación profesional⁴⁰.

Insistimos en la necesidad de que, el auditor en particular y los órganos de control externo en general, sean independientes principalmente de las presiones políticas.

Respecto a ello, la independencia es obligatoria para⁴¹: 1) sus autoridades, en particular por la forma de elección y el vínculo con el Parlamento; 2) los empleados, para lo cual es necesario un proceso de selección idóneo; 3) su funcionamiento, que lleva a contar con una organización y recursos materiales suficientes.

Por último, tanto en relación a los auditores internos y externos, reiteramos que es de la esencia del sistema democrático es la coexistencia de una administración honrada y de un control eficiente que testifique sobre esa honradez, razón por la cual las auditorías políticas son inmorales⁴².

Con ese fundamento, los auditores de los órganos de control deben ser porta-estandartes de la verdad ética. Ésta es el principal antídoto contra la corrupción y la mejor arma para erradicar las denominadas “auditorías políticas”, que se suelen programar y ejecutar cuando se teme a la verdad⁴³.

⁴⁰ Resolución AGN N° 145/93.

⁴¹ MURUZABAL LERGA, J.: “Los Órganos de Control externo ¿sirven para algo?” en *Revista Auditoría Pública* N° 19, 1999.

⁴² Son auditorías políticas las ordenadas, ejecutadas e inspiradas fundamentalmente en motivaciones políticas. Ver IVANECA, M. M.: *Mecanismos... op.cit.*, Capítulo II.

⁴³ *Ibidem*.

C. La oportunidad del control

Para evitar los efectos negativos de un control tardío y a fin de lograr la efectividad en su ejercicio, es necesario que se lleve a cabo en forma oportuna. Lo posterior no debe implicar inoportunidad ni extemporaneidad.

Lo oportuno es lo adecuado, lo que se hace o sucede a propósito y cuando conviene.

En cuanto a la SIGEN, las UAI y la AGN, las críticas sobre el control posterior se centran en que se trata de un control que “llega tarde”⁴⁴.

Los entes reguladores no están ajenos a esta crítica.

En uno u otro caso, en materia de servicios públicos el control fuera de tiempo puede producir efectos nefastos en la prestación y en definitiva en los derechos de los usuarios.

El control de los entes reguladores debe ser continuo y permanente; no siendo necesario considerar su calidad de previo o posterior como categoría legal. Esta clasificación debe aplicarse en el análisis de las competencias de la SIGEN, las UAI y la AGN, pero no respecto de los entes que no están sujetos a una “etapa o momento” para practicarlo.

Se ha discutido acerca de las ventajas y desventajas del control previo o posterior⁴⁵, pero lo cierto es que la ley limita el primero al control interno.

Por eso, dado el tipo de control posterior instituido, propiciamos que las recomendaciones que se formulan en los informes de auditoría, no se conviertan en simples sugerencias, sino que posean carácter obligatorio para los auditados.

Si no fuera posible, los controlados deberían demostrar los inconvenientes, obstáculos y razones que impiden ajustarse a las recomendaciones, o en su caso que el informe del auditor adolece de imprecisiones y/o errores de apreciación. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades por omisión que pudieran derivarse de la inactividad de los organismos.

⁴⁴ La crítica al control posterior lleva a ciertos autores, considerar la necesidad de que los organismos ejerzan un control preventivo en forma efectiva, es decir, con potestades de carácter paralizante del acto que se va a instrumentar, para evitar los perjuicios que actos y operaciones públicas pueden producir a la comunidad. En ese sentido, SESIN DOMINGO, J., en Revista *El Control Público* N° 98, enero/junio 2002, La Pampa, “Control Previo. Naturaleza y Alcance. Vinculación con las Funciones Jurisdiccionales”. Págs. 31-34.

⁴⁵ Ver IVANEGA, M.: *Mecanismos...* op.cit., Capítulos II y III.

Cabe colegir también, la necesidad de practicar un adecuado seguimiento de las recomendaciones, a efectos de verificar los beneficios, inconvenientes, plazos y alcance de su implementación, en cada caso concreto.

Una vez más insistimos en que los informes de auditoría resultan una herramienta esencial para verificar la actuación de los concesionarios de servicios públicos. Ellos brindan información de suma utilidad respecto a la ejecución de los contratos de concesión y licencia; al cumplimiento de las obligaciones legales puestas en cabeza de los prestadores y al debido ejercicio de la competencia de los reguladores.

IV. Síntesis acerca de los organismos de control de la Ley 24.156

Existen dos reacciones antagónicas frente al control: a) la desidia, motivada en la ausencia de sistemas de responsabilidades de los funcionarios sumado a la inexistencia de normas que obliguen a éstos a cumplir con los resultados de las auditorías y b) el temor a ser controlados, originado en el desconocimiento de los verdaderos objetivos de esta función.

Por eso, acercamos breves reflexiones entorno a los controles de los órganos creados por la Ley 24.156, las que no se limitan a los servicios públicos sino que son abarcativas de todas las competencias asignadas.

a. Se desconoce la utilidad e importancia del control llevado a cabo por los citados organismos, tanto por parte de la sociedad, como de las autoridades políticas. En este sentido, es especialmente preocupante que el propio Poder Legislativo no aproveche (para el ejercicio de su función legislativa) la vasta información técnica que surge de los informes de la AGN, vinculada al resultado de la gestión de entes públicos y privados. Similares consideraciones caben respecto del Poder Ejecutivo, ya que debería evaluar los resultados de la tarea de control de la SIGEN –y de la AGN también– en circunstancias tales como disponer reformas internas de la Administración, nombrar personal, dictar reglamentos, autorizar la renegociación de un contrato de concesión o licencia de servicios públicos.

b. Es necesario que la difusión de los resultados de los controles practicados, no se traduzca en la mera exposición de datos. La transparencia obliga a que una divulgación clara, coherente y sistematizada del resultado de los trabajos de verificación practicados, no limitada a un medio determinado (vgr. páginas de internet).

c. No existen mecanismos idóneos para deslindar las responsabilidades patrimoniales de los funcionarios públicos. Advertimos que, la aplicación

de un régimen legal que asegure la efectividad de dicha responsabilidad, no resulta incompatible con el sistema de control posterior dado que responden a objetivos distintos.

d. Se presenta una evidente descoordinación entre los organismos, agravada por falta de intercambio de información y de los resultados de los controles concretados. Esto refleja una función deficiente, y en ciertas ocasiones hasta inútil, en relación a los cometidos públicos asignados por el ordenamiento jurídico. Incluimos acá la necesidad de incorporar a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y a la Oficina Anticorrupción en un sistema que permita perseguir los actos de corrupción y/o daños en perjuicio del patrimonio público.

e. La falta de normas que obliguen a los organismos auditados a implementar las recomendaciones de la SIGEN y la AGN y a explicar las causas que imposibilitan su cumplimiento, debilita el control que éstos ejercen.

f. La AGN carece de legitimación procesal para iniciar acciones judiciales si en el transcurso de una auditoría comprueba la existencia de conductas dañosas al patrimonio estatal o la comisión de delitos; omisión que traduce una limitación de la función de control externo.

g. En su organización interna los entes de control no han implementado un adecuado régimen de carrera administrativa para su personal, que posibilite el acceso a los cargos superiores meritando la idoneidad y la capacitación y que impida la presencia de situaciones de inequidad y designaciones políticas en puestos de trabajo de naturaleza técnica.

Por último y sin perjuicio de lo apuntado, recordemos que el fracaso de las instituciones públicas no obedece, necesariamente, a la ausencia o defectos de las normas, sino a que el respeto por la ley *ha perdido terreno* en la actuación de funcionarios e incluso de la sociedad.

BOLIVIA

POTESTADES INTERVENTORAS DE LOS ENTES REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

José Mario Serrate Paz

I. Antecedentes

La figura de la *intervención administrativa* en Bolivia ha ido tomado relieve desde los años noventa, cuando se crearon los entes reguladores, con la finalidad de fiscalizar gran parte de los sectores de la economía nacional. Esta *intervención* ha nacido y se ha desarrollado en el ámbito del derecho administrativo, nítidamente diferenciada de la *intervención política*, tratada por el derecho constitucional como consecuencia de su acendrado contenido político. Ambas figuras mantienen aristas comunes, pese a sus peculiares diferencias.

La *intervención administrativa*, que es la que ahora nos ocupa, es una faceta del control administrativo, excepcional y de aplicación transitoria, es decir, subsiste mientras perdure su cometido y tiene como propósito satisfacer una necesidad inherente al bien común¹.

La figura de la *intervención* en los sectores regulados de los servicios públicos, es aplicada en Bolivia de conformidad con las disposiciones sectoriales en vigencia. Podemos decir, que por afectar derechos subjetivos e intereses legítimos es preponderantemente reglada y no discrecional. Además, es de naturaleza preventiva ya que se activa frente al solo riesgo de la normal provisión o atención del servicio.

Dado que los rasgos generales de la figura de la *intervención administrativa*, son comunes a casi todos los regímenes en Latinoamérica, nos abocaremos en este trabajo a precisar sus características en Bolivia y a exponer la naturaleza jurídica de los órganos que más la aplican y que han sido recientemente reestructurados como consecuencia de la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado, el pasado 7 de Febrero de 2009.

II. La creación del nuevo sistema regulatorio

Para tener una idea general del tema que nos ocupa, no podríamos dejar de mencionar, por lo menos descriptivamente, al sistema regulatorio que fue

¹ CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, TºII, Lexis Nexis, 2002, Bs.As., Argentina, pág. 320.

extinguido como consecuencia de la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado, que estatuye cambios en la articulación de la estructura social, económica y jurídica del país.

En Bolivia existían tres grandes sistemas de regulación sectorial nítidamente marcados: Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE)², Sistema de Regulación Financiera (SIREFI)³ y Sistema de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE)⁴. Cada sistema tenía a la cabeza una *Superintendencia General*⁵ y estaba conformado por *Superintendencias Sectoriales*⁶.

² El Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) fue creado por ley 1600 de 28 de octubre de 1994, como parte del Poder Ejecutivo, estaba bajo tuición del Ministerio de Servicios y Obras Públicas. Se encontraba integrado por las Superintendencias de Hidrocarburos, Telecomunicaciones, Electricidad, Transporte y Saneamiento Básico. Tenía como objetivo, entre otros, controlar y supervisar las actividades y operaciones ejecutadas dentro de los sectores sometidos a regulación, de conformidad a las disposiciones legales sectoriales.

³ El Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), creado por ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, bajo la tuición del Ministerio de Hacienda, se encontraba integrado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la Superintendencia de Seguros Pensiones y Valores, y por la Superintendencia de Empresas, que fue posteriormente creada. Tenía como objetivo, entre otros, controlar y supervisar las actividades y operaciones de las personas relacionadas con el seguro social obligatorio de largo plazo, bancos y entidades financieras, entidades aseguradoras y reaseguradoras, mercado de valores y empresas, en el ámbito de su competencia.

⁴ El Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE), creado por ley 1700 de 12 de julio de 1996, se encontraba bajo tuición del Ministerio de Desarrollo Rural Agropecuario y Medio Ambiente, estaba integrado por la Superintendencia Forestal y la Superintendencia Agraria. Tenía como objetivo regular, controlar y supervisar la utilización sostenible de los recursos naturales renovables.

⁵ La *Superintendencia General* oficiaba como una especie de tribunal de alzada de las *Superintendencias Sectoriales*, a la que llegaban a través del recurso jerárquico. En esta instancia se agotaba la vía administrativa y se franqueaba el contencioso administrativo ante la justicia ordinaria.

Es importante manifestar que las *Superintendencias Generales* por la ley de su creación, no tenían capacidad normativa, salvo para elaborar y aprobar los proyectos tanto de sus normas internas como los de las *Superintendencias Sectoriales*. Todos los reglamentados aplicados por los sistemas de regulación sectorial, fueron aprobados por el Poder Ejecutivo Nacional mediante Decretos Supremos.

⁶ Cada *Superintendencia Sectorial*, estaba bajo tuición de un ministerio afín al ramo regulado. En su naturaleza jurídica, eran órganos autárquicos, que actuaban como personas jurídicas de derecho público, con jurisdicción nacional, autonomía de gestión técnica, administrativa y económica. Todas gozaban de patrimonio propio.

Estas características permitían a los entes reguladores gozar de una imparcialidad e independencia para el ejercicio de su potestad jurisdiccional, materializada en la resolución de los recursos de revocatoria y jerárquicos, o de los conflictos de competencia suscitados entre las *superintendencias sectoriales*.

Las *superintendencias sectoriales* mencionadas además de sus facultades de control, regulación, supervisión y jurisdiccionales, tenían facultades expresas para aplicar el instituto de la *intervención preventiva*.

Al margen de las *superintendencias* pertenecientes a los sistemas de regulación antes referidos, en la década de los noventa también se crearon otras con características especiales que las diferenciaban de aquéllas⁷.

La nueva Constitución Política del Estado⁸, prescribe que la función del Estado en la economía consiste en dirigirla y regularla tanto en los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, así como también en el ejercicio de la dirección y control de los sectores estratégicos de la economía⁹.

En la actualidad, ante la vigencia de la nueva Constitución, el Órgano Ejecutivo –como se llama al Poder Ejecutivo de la Nación– dictó el último Decreto Supremo¹⁰ con la antigua numeración¹¹, ordenando la extinción de las *Superintendencias* creadas por ley formal, violando a nuestro criterio, la jerarquía normativa establecida en la misma Constitución, que determina la primacía de las leyes nacionales sobre los decretos¹².

Fundamentado en los cánones de la Constitución Política del Estado, de inspiración eminentemente estatista, que postula el control y participación social en el diseño de las políticas sectoriales¹³, el Órgano Ejecutivo, mediante Decreto Supremo¹⁴, ha creado las Autoridades de Fiscalización y Control Social de los sectores de los servicios públicos regulados, que las diferencia de sus antecesoras, que fueron creadas por el Congreso.

⁷ **Superintendencia de Servicio Civil.**- Creada mediante ley 2027 de 27 de octubre de 1999, art. 58, modificad por ley 2104 del 21 de junio del 2000, como persona jurídica de derecho público, con jurisdicción nacional que ejercía sus atribuciones con autonomía técnica, operativa y administrativa, bajo tuición del Ministerio del Trabajo.

Tenía como objetivo supervisar el régimen y gestión de la carrera administrativa en las entidades públicas comprendidas en el ámbito de aplicación del Estatuto del Funcionario Público, velando por la aplicación de los principios de eficiencia y eficacia; el logro de resultados por la gestión, la dignidad y los derechos de los servidores públicos.

Superintendencia General Tributaria.- Órgano autárquico, con autonomía de gestión administrativa, funcional, técnica y financiera, con jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional, creada mediante ley 2492 del 2 de agosto de 2003, art. 132, como parte del Poder Ejecutivo bajo la tuición del Ministerio de Hacienda.

Superintendencia General de Minas.- El Superintendente de Minas, por mandato del Código de Minería, ley 1777 de 17 de marzo de 1997, arts. 107 y s.s., era la máxima autoridad de la jurisdicción minera.

⁸ CPE, de 07 de febrero de 2009.

⁹ CPE: 316, 2 y 3.

¹⁰ DS 29894, de Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional, de 7 de febrero de 2009, art. 137 y ss.

¹¹ El 8 de febrero de 2009, el Órgano Ejecutivo inicia una nueva numeración correlativa de los Decretos Supremos, como consecuencia de la puesta en vigencia de la Constitución Política del Estado.

¹² CPE, art. 410-II.

¹³ CPE: 351-III.

¹⁴ D.S. 71, de 9 de abril de 2009.

Asimismo, el Órgano Ejecutivo establece el proceso de extinción al que serán sometidas las Superintendencias Generales y Sectoriales, reglamentando las transferencias de sus activos, pasivos, recursos humanos, presupuestarios, procesos judiciales y administrativos, y de sus derechos y obligaciones.

Al haberse creado las nuevas entidades de fiscalización y control social, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, pasó a denominarse Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. El control y supervisión del sistema de pensiones, valores y seguros fue transferido a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones¹⁵.

La Superintendencia de Empresa pasó a denominarse Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, con atribuciones específicas de fiscalizar, controlar, supervisar y regular las actividades de las empresas en lo relativo al gobierno corporativo, defensa de la competencia, reestructuración de empresas y registro de comercio¹⁶.

Por su lado, al haberse extinguido las Superintendencias Sectoriales del SIRESE, las atribuciones de éstas en los aspectos referentes a transportes y telecomunicaciones, que anteriormente estaban regulados como sectores independientes, hoy están fusionados bajo una sola entidad que es la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transportes¹⁷.

En materia de electricidad, las atribuciones de la Superintendencia Sectorial fueron asumidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad¹⁸.

En el sector de agua potable y saneamiento básico, las facultades que tenía la Superintendencia Sectorial fueron asumidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico, que deberá cumplir con el postulado estatal de proteger y garantizar el uso prioritario del agua para la vida¹⁹.

La Superintendencia de Hidrocarburos que no ha sido extinguida, ha pasado a denominarse Agencia Plurinacional de Hidrocarburos, con las atribuciones de regular las actividades de transporte, refinación, comercialización de productos derivados y distribución de gas natural por redes²⁰, ampliadas con las

¹⁵ D.S. 71, art. 34.

¹⁶ D.S. 71, art. 41.

¹⁷ D.S. 71, art. 13.

¹⁸ D.S. 71, art. 51.

¹⁹ D.S. 71, art. 23; CPE, art. 374.

²⁰ Ley 3058, de 17 de mayo de 2005, art. 24.

facultades de regular, controlar, supervisar y fiscalizar las actividades de toda la cadena productiva hasta la industrialización, por mandato constitucional²¹.

Con la extinción de las Superintendencias Agraria y Forestal, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierra, ha asumido las atribuciones de fiscalizar, controlar y regular los sectores forestal y agrario²².

Extinguida la Superintendencia General del SIREFI, los recursos jerárquicos que se encontraban pendientes de resolución serán resueltos de ahora en adelante, por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas²³.

Por su parte, el Ministro de Desarrollo Rural y Tierras, tiene la atribución de conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos que se interpongan contra las resoluciones que resuelvan los recursos de revocatoria, pronunciados por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierra²⁴, que antes eran atribución de la Superintendencia General del SIRENARE.

Las competencias y atribuciones conferidas a la Superintendencia General del SIRESE para resolver recursos jerárquicos, han sido asumidas en materia de telecomunicaciones y transporte por el Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda²⁵; en materia de electricidad y de hidrocarburos, por el Ministerio de Hidrocarburos y Energía²⁶ y en materia de agua potable y saneamiento básico, por el Ministro de Medio Ambiente y Agua²⁷.

Con relación a las atribuciones de las superintendencias que no estaban dentro de los sistemas de regulación podemos decir que algunas han sido subsumidas por los Ministerios y convertidas en Direcciones Generales y a otras se les ha modificado su denominación²⁸.

²¹ CPE, art. 365.

²² D.S. 71, art. 30.

²³ D.S. 29894, art. 137.

²⁴ D.S. 71, art. 30 inc d).

²⁵ D.S. 71, art. 16 a) y b).

²⁶ D.S. 71, arts. 47 y 50 a).

²⁷ D.S. 71, art. 23 inc. b).

²⁸ En el caso de la **Superintendencia del Servicio Civil**, han sido asumidas por una Dirección General dependiente del Ministerio del Trabajo, Empleo y Previsión Social, es decir no se ha creado una Autoridad de Fiscalización y de Control Social que asuma estas funciones de manera independiente e imparcial como existía.

En el caso de la **Superintendencia General Tributaria** y las Superintendencias Regionales Tributarias pasaron a denominarse Autoridad General de Impugnación Tributaria y Autoridades Regionales de Impugnación Tributaria. Estas entidades seguirán cumpliendo sus objetivos y desarrollando sus funciones y atribuciones, hasta que se emita una normativa específica que adecue su funcionamiento a la vigente Constitución Política.

Cont.

Las Autoridades de Fiscalización y Control Social, además de las atribuciones de control, regulación y supervisión, que tenían las *superintendencias sectoriales*, conservan las de otorgar, modificar y renovar las concesiones y licencias, y también facultades jurisdiccionales, contrariando el principio de que quien concede no debe controlar y menos dirimir.

Es importante resaltar como hemos visto, que no todas las *superintendencias sectoriales* se han convertido en Autoridades de Fiscalización y Control Social, ya que algunas han sido subsumidas por los Ministerios del ramo al que pertenecían.

A. Caracteres de los Nuevos Entes Reguladores

Al igual que los anteriores entes reguladores, las Autoridades de Fiscalización y Control Social, que los han sustituido, son reconocidas como instituciones públicas técnicas y operativas, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, supeditadas al Ministro cabeza del sector²⁹. Tienen jurisdicción nacional, quedando sometidas a ellas todas las personas naturales y jurídicas, privadas, comunitarias, públicas, mixtas y cooperativas inmersas en el sector.

En el anterior régimen cada ente regulador estaba dirigido y representado por un Superintendente designado por el Presidente de la República, de terna propuesta por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Cámara de Senadores³⁰, a diferencia de las Autoridades de Fiscalización y Control Social, que son designadas por el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia mediante Resolución Suprema³¹, sin integrar la voluntad del Senado en su designación, con lo que se pone en tela de juicio su independencia e imparcialidad, que es un cometido técnico y no político.

Las Autoridades de Fiscalización y Control Social, financiarán sus actividades con recursos provenientes de tasas de regulación, derechos y patentes, recursos del Tesoro General de la Nación, donaciones y créditos nacionales o extranjeros y otros que se determinen por ley³².

En el caso de la **Superintendencia General y Regionales de Minas**, han pasado a denominarse Dirección General, Jurisdiccional, Administrativa de Minas y Direcciones Regionales respectivamente, con las atribuciones y competencias del nuevo régimen de contratos mineros y dentro de la estructura del Ministerio de Minería y Metalúrgicas.

²⁹ D.S. 71, art. 5.

³⁰ Ley 1600, art. 8.

³¹ D.S. 71, art. 7-II.

³² D.S. 71, art. 9.

La regulación que ejercen las Autoridades de Fiscalización y Control Social, comprende el conjunto de actividades de fiscalización, control y supervisión, como así también otras atribuciones señaladas expresamente en las normas de los sectores de transportes y telecomunicaciones; agua potable y saneamiento básico; electricidad; forestal y tierra; pensiones y empresas, asegurando:

- a. La protección de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios, promoviendo la economía plural en forma efectiva.
- b. El desarrollo de la economía nacional y la universalidad de los servicios.
- c. El aprovechamiento de los recursos naturales, de manera sustentable.

Las Autoridades de Fiscalización y Control Social, están conformadas por tres niveles:

- El ejecutivo, a la cabeza del Director Ejecutivo, que será la máxima autoridad administrativa y quien ostenta la representación institucional.
- El consultivo, compuesto por un Consejo con participación social
- El técnico operativo, conformado por Direcciones técnicas sectoriales, departamentales, Direcciones administrativa y jurídica y por Auditoría Interna.

Otra de las particularidades de estas entidades es que los miembros de los Consejos con participación social, que conforman el nivel consultivo de las Autoridades de Fiscalización y Control Social, no percibirán remuneración o dieta alguna en el ejercicio de sus funciones, lo que nos lleva a pensar que podrían ser designados para estos cargos, funcionarios del propio Ministerio cuya actividad estaría supeditada directamente a lo que determinen sus superiores, desnaturalizando su independencia e imparcialidad.

III. La figura de la intervención en el ordenamiento jurídico sectorial

Como rasgo distintivo en el ordenamiento jurídico sectorial, encontramos que el legislador expresamente ha conferido a la autoridad reguladora la facultad para otorgar, modificar y renovar las concesiones y licencias, autorizaciones y registros, así como la de disponer la caducidad y revocatoria de los mismos³³.

³³ Ley 1600, art. 10 inc. c).

Como lógica consecuencia de las atribuciones antes referidas, las Autoridades de Fiscalización y Control Social tienen la facultad de *intervenir preventivamente* a todas las empresas y entidades bajo su jurisdicción y la de *designar a los interventores*³⁴.

Sin embargo, las dependencias de los Ministerios que han absorbido competencias de las otras *superintendencias sectoriales*, al haber perdido su personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, no tienen competencia para intervenir, ya que la no mención de esta facultad en forma expresa, las inhabilita a tal efecto. A nuestro criterio, no se les podría otorgar extensivamente esta facultad, aún en razón a la cláusula residual o de sus competencias implícitas.

Si bien como hemos visto, por un lado las nuevas disposiciones legales han extinguido o modificado las Superintendencias de los Sistemas de Regulación y han estructurado la nueva organización de las instituciones reguladoras, por el otro, la normativa sectorial permanece, en cuanto a muchos aspectos sin modificación alguna.

Es más, por mandato expreso de la nueva normativa, las leyes dictadas al amparo de la antigua Constitución, como la Ley de Telecomunicaciones³⁵, la Ley de Agua Potable y Saneamiento Básico³⁶, la Ley Forestal, la Ley del Servicio Nacional Agrario³⁷ y la Ley de Electricidad³⁸, entre otras y sus respectivos reglamentos, son de aplicación obligatoria para las Autoridades de Fiscalización y Control Social, en tanto no contradigan lo dispuesto por la Constitución Política del Estado.

Así, la facultad para disponer la *intervención preventiva* en los casos previstos por las leyes sectoriales³⁹ y sus reglamentos, a las empresas prestadoras de servicios públicos, cualesquiera sea su forma de constitución social, como la de designar a los respectivos *interventores*, subsiste entre las competencias de las nuevas Autoridades de Fiscalización y Control Social.

A guisa de ejemplo, como veremos más adelante, el régimen específico del sector de los hidrocarburos, establece que se podrá intervenir, cuando esté en *riesgo la normal provisión o atención del servicio*. De igual manera, el sector de las telecomunicaciones, señala que procederá la *intervención*, en caso de

³⁴ Ley 1600, art. 10 inc. f).

³⁵ D.S. 71, art. 13.

³⁶ D.S. 71, art. 20.

³⁷ D.S. 71, art. 27.

³⁸ D.S. 71, art. 47.

³⁹ Ley 1604, de Electricidad, art. 12 inc. e); Ley 2029, de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, art. 15 inc. f).

ponerse en riesgo la continuidad en la provisión de los servicios al público⁴⁰ de teléfonos móviles y fijos.

En este sentido, surge el cuestionamiento respecto a si las Autoridades de Fiscalización creadas por el Poder Ejecutivo para sustituir a las *superintendencias sectoriales* creadas por ley⁴¹, pueden, sin contrariar la jerarquía normativa, asumir la competencia de intervenir preventivamente, que fuera atribuida a las primeras por el legislador.

A. Naturaleza jurídica de la *intervención*

La *intervención* es una forma de control administrativo que ejerce el Poder Ejecutivo sobre los órganos o entes que conforman la administración central o descentralizada, derivada de su condición de titular de aquella. La prerrogativa de control se fundamenta en el interés público.

Es una de las medidas más extremas que pueden tomarse respecto del prestador del servicio⁴². Se dice extrema, en razón a que la *intervención* conlleva una ablación a los derechos de la entidad intervenida.

Esta figura no busca la destrucción de la persona jurídica intervenida, sino más bien tiende a viabilizar que el ente regulado cumplimente a cabalidad sus cometidos.

La *intervención administrativa* es una potestad del Estado y no un derecho. Las potestades que son inherentes a la supremacía estatal son indispensables para que la administración pública de cumplimiento a sus funciones de interés general. Nace de sus competencias exorbitantes para atender una emergencia y por ser de tal naturaleza, es irrenunciable⁴³.

En Bolivia, la figura de la *intervención* está preponderantemente reglada, pues al afectar derechos subjetivos e intereses legítimos, requiere de texto expreso. Por ello reiteramos, que aquellos entes reguladores que no están expresamente facultados para dictar esta medida, están inhabilitados para aplicarla directamente.

La figura de la *intervención*, es aplicada por las Autoridades de Fiscalización y Control Social, con carácter preventivo y no sancionatorio, de conformidad a

⁴⁰ Ley 1632, de Telecomunicaciones, art. 17.

⁴¹ D.S. 71, art. 4.

⁴² BIANCHI, A. B: *La Regulación Económica*. Abaco. 2001. Bs.As., Argentina, pág. 251.

⁴³ MARIENHOFF, M. S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, TºI. Abeledo Perrot, 1990, Bs.As., Argentina. pág. 604.

las disposiciones sectoriales en vigencia. Responde a la esencia de esta figura, su carácter preventivo, ya que se pone en práctica cuando se encuentra en riesgo la normal provisión o atención de un servicio público.

B. Causas de la *intervención*

Como se ha manifestado, en todos los sectores, para que se de esta figura no se requiere la producción del daño ni el quebrantamiento del servicio, simplemente debe existir la amenaza o el potencial riesgo de su interrupción. En otras legislaciones encontramos conceptos similares para justificar la procedencia de esta figura, como el de *extrema gravedad y urgencia* que afecten al buen servicio o como la presencia de un *serio peligro* para los usuarios o los bienes afectados al servicio.

Como se puede apreciar, las causas de la *intervención* están expresadas en nociones jurídicas vagas, que la doctrina redondea y la jurisprudencia acota en el caso concreto, atendiendo los niveles jurídicos, morales, sociales, políticos y culturales.

En el sector de hidrocarburos, la *intervención preventiva* no se encuentra establecida en la ley, se encuentra contemplada expresamente en el reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos y es de aplicación para todo el sector⁴⁴. Para que proceda esta figura, debe presentarse el riesgo de la normal provisión o atención del servicio⁴⁵.

También se pueden considerar, entre las causales para ordenar la *intervención*, las siguientes⁴⁶:

- a) La caducidad y revocatoria de la concesión que se hayan operado en contra del concesionario, y
- b) A solicitud de autoridad judicial en procesos de quiebra, concursos de acreedores o acciones de otra naturaleza. Consideramos, que el término solicitud no es el adecuado, pues el Juez debe estar facultado según la gravedad y complejidad del proceso a decidir la *intervención*, si el caso lo requiere.

En el mismo sentido, la ley de Telecomunicaciones⁴⁷ exige como requisito para que se ordene la *intervención preventiva*, que esté en riesgo la continuidad en la provisión del servicio⁴⁸.

⁴⁴ D.S. 29018, de 31 de enero de 2007, arts. 35 a 38.

⁴⁵ Ley 3058, art. 111.

⁴⁶ D.S. 29018, art. 35-I.

⁴⁷ Ley 1632, de 05 de julio de 1995.

⁴⁸ Ley 1632, art.17.

La norma también establece que a fin de garantizar la continuidad del servicio, cuando la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transporte declare la caducidad de la concesión y/o la revocación de la licencia, podrá disponer la *intervención preventiva*, mientras se procede a la posesión del nuevo titular⁴⁹.

El Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones, en este orden de ideas, señala que si se comprueba que el titular de la concesión para un servicio no competitivo, pusiere en riesgo la continuidad de su provisión, ya sea por graves irregularidades en las operaciones o por situación de iliquidez que conlleve alta probabilidad de suspensión de pagos u otra acción que pueda ocasionar el estado de quiebra de la empresa, se justifica la *intervención*⁵⁰.

Por su parte, la ley de Electricidad⁵¹, dentro de las atribuciones que le señala a la ahora Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad, está la de intervenir las Empresas Eléctricas⁵² por dos causales expresamente establecidas:

- a. Cuando se ponga en riesgo la normal provisión del servicio
- b. Cuando una acción judicial o extrajudicial iniciada por acreedores de un Titular, ponga en riesgo el servicio⁵³.

También se incluyen entre las causales para ordenar la *intervención* en el sector eléctrico, las establecidas como causales para declarar la caducidad y la revocatoria, pues en esos casos la autoridad competente, de ser necesario, dispondrá la *intervención* mientras tome posesión del cargo el nuevo titular⁵⁴.

En el sector de transporte ferroviario tenemos un Reglamento⁵⁵, que considera la figura de la *intervención*. Este Reglamento, coincidente con las otras normas sectoriales, establece como causal para que proceda la *intervención*, que se ponga en riesgo la continuidad del servicio público ferroviario.

También procederá esta figura, cuando una acción judicial o extrajudicial iniciada por los acreedores ponga en riesgo la continuidad del servicio⁵⁶.

⁴⁹ Ley 1632, art. 15.

⁵⁰ D.S. 24132 de 27 de septiembre de 1995, art. 104.

⁵¹ Ley 1604 de 21 de diciembre de 1994.

⁵² Ley 1604, art. 12 e).

⁵³ Ley 1604, art. 35.

⁵⁴ Ley 1604, art. 34.

⁵⁵ D.S. 24179, de 8 de diciembre de 1995.

⁵⁶ D.S. 24179, art. 52.

La Ley de Aguas y Alcantarillado Sanitario⁵⁷, dispone que cuando se ponga en riesgo la normal provisión de los servicios, por incumplimiento de las metas de expansión, calidad o eficiencia, la autoridad competente, podrá decidir la *intervención preventiva* del titular de la concesión, más aún teniendo en cuenta que el agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida.

También dispone que cuando acciones judiciales y extrajudiciales que se interpongan contra el titular de la concesión, pongan en riesgo la normal provisión de los servicios, los acreedores deberán solicitar que se disponga esta medida⁵⁸.

C. Alcance de la *intervención*

Las Autoridades de Fiscalización y Control Social pueden intervenir tanto a entidades bajo su jurisdicción (entes estatales) como a empresas privadas (concesionarios o licenciatarios)⁵⁹, de lo que se colige que la *intervención* puede practicarse a entidades públicas y privadas, siempre que presten un servicio público regulado.

Corresponde señalar que durante el tiempo que perdure la *intervención* la entidad intervenida no queda liberada del cumplimiento de sus obligaciones, surgidas de los contratos y compromisos contraídos mientras subsista esta medida⁶⁰.

En los sectores de hidrocarburos⁶¹, transporte⁶², saneamiento básico⁶³ y electricidad⁶⁴, cuando se ponga en riesgo la normal provisión del servicio, se podrá disponer la *intervención preventiva* del concesionario o licenciatario.

En el área de las telecomunicaciones, solamente procede esta figura contra el titular de una concesión para un servicio no competitivo⁶⁵.

D. Procedimiento de la *intervención*

Las autoridades competentes para ordenar la *intervención preventiva* son las Autoridades de Fiscalización y Control Social que al haber sustituido a

⁵⁷ Ley 2066, de 11 de abril de 2000, modificatoria a la ley 2029, art. 38.

⁵⁸ Ley 1600, art. 10 inc. f).

⁵⁹ Ley 1600, art.10 inc. f).

⁶⁰ D.S. 29018, art. 35-IV.

⁶¹ Ley 3058, art. 111.

⁶² D.S. 29179, art. 52. D.S. 24178 de 8 de diciembre de 1995, art. 2-1).

⁶³ Ley 2026, art. 38 y D.S. 24716, art. 50 inc.a).

⁶⁴ Ley 1604, art. 35.

⁶⁵ D.S. 24132, art. 104.

las *superintendencias sectoriales*, asumieron las competencias atribuidas a éstas⁶⁶.

En todos los sectores se deberá disponer la *intervención preventiva* mediante procedimiento público. Cabe resaltar que la exigencia de un procedimiento público, deberá sujetarse a los principios y disposiciones consagrados en la Ley de Procedimiento Administrativo.

El instrumento idóneo para aplicar esta medida, es la resolución administrativa fundada, la que deberá ser emanada de autoridad competente, y debidamente notificada al intervenido. Así tenemos la Resolución SSDE N° 093/2007 de fecha 20 de marzo de 2007, por la cual la Superintendencia de Electricidad dispuso la *intervención* de la Empresa distribuidora de energía eléctrica “Luz y Fuerza Aroma S.A. (ELFA)”, en la provincia Aroma del Departamento de La Paz, en consideración a que según antecedentes se había evidenciado el riesgo en la continuidad del suministro del servicio público.

En todos los casos de *intervención*, debemos interpretar que requerir el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus funciones, es una potestad implícita de la administración pública y por ende del ente regulador⁶⁷.

En el sector hidrocarburos, el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos⁶⁸ dispone que la resolución dictando la *intervención*, es recurrible por el concesionario de conformidad a la ley de procedimiento administrativo⁶⁹, y al reglamento aplicado al SIRESE, que continua en vigencia. Este recurso será sustanciado en el efecto devolutivo.

Por su parte, la Ley de Telecomunicaciones⁷⁰ dispone que para materializar la *intervención*, se seguirá el procedimiento establecido en su reglamento y en los respectivos contratos de concesión. A modo de ilustración, transcribimos el texto de una cláusula contractual de *intervención preventiva*:

Si la Superintendencia de Telecomunicaciones comprobare que existe un riesgo para la continuidad en la prestación de los servicios concedidos, dispondrá la intervención preventiva del concesionario, de conformidad con la Ley de Telecomunicaciones y demás reglamentos aplicables. Al momento de declarar la intervención y para los efectos establecidos en los reglamentos aplicables, la Superintendencia de Telecomunicaciones emitirá una fianza bancaria o pagará a favor del concesionario por un monto equivalente al uno (1%) del valor en

⁶⁶ Ley 1600, art. 10 f).

⁶⁷ D.S. 24132, art. 110, D.S. 71, art. 51 –h).

⁶⁸ D.S. 29018, art. 35 III.

⁶⁹ Ley 2341, de 23 de abril de 2002.

⁷⁰ Ley 1632, art. 17.

libros del concesionario, hasta el monto máximo establecido en el reglamento aplicable, el que fuera menor⁷¹.

En los sectores de electricidad⁷², y aguas y saneamiento básico⁷³ la normativa es básicamente similar y establece que la resolución que ordene la *intervención preventiva* tiene como efectos los siguientes:

- No exime de responsabilidad al concesionario intervenido, en ninguna de sus obligaciones.
- Limita las facultades del *interventor* designado, a las establecidas en la norma y a las expresamente señaladas por el superintendente.

A partir de la notificación, el titular de la concesión intervenida preventivamente, tendrá quince días para oponerse a esta medida, exponiendo sus argumentos y aportando la prueba de cargo y descargo que crea conveniente a su defensa. Cumplido dicho plazo, se deberá emitir la resolución que ratifique, suspenda o deje sin efecto la orden de intervenir⁷⁴.

Siguiendo el mismo orden de ideas, el Reglamento de Transporte Ferroviario, dispone que la autoridad competente, antes de ordenar la *intervención* deberá anunciar al concesionario su intención, especificando las causas que originan esta medida. Por su parte, el concesionario tiene diez días desde su notificación para presentar los argumentos y pruebas de descargo que le asistan⁷⁵.

1. Designación del *interventor*. Debemos partir señalando que el *interventor* sea o no funcionario público, es un delegado por el ente regulador, de lo cual se colige que no ejerce su actividad como dependiente del ente intervenido por más que sea este último quien remunere sus servicios. Representa al ente regulador pero también al ente intervenido, sin que esta sola representación lo convierta en funcionario público ni en dependiente del ente regulado.

En el sector de hidrocarburos, el ente regulador designará un *interventor* en la misma resolución que ordene la *intervención*, otorgándole las facultades correspondientes a su responsabilidad y fijándole la retribución que percibirá con cargo al concesionario, estableciendo además el término de la *intervención*⁷⁶.

⁷¹ Contrato de Concesión para la operación de una red pública de telecomunicaciones, suscrito entre la Superintendencia y un operador, de 30 de septiembre de 1996.

⁷² D.S. 24043, de 28 de julio de 1995, art. 66.

⁷³ Ley 2026, art. 40.

⁷⁴ D.S. 24043, arts. 62 y 63.

⁷⁵ D.S. 24179, art. 53.

⁷⁶ D.S. 29018, art. 35-II.

En los casos de revocatoria o caducidad de la concesión, tramitada por quiebra declarada judicialmente, el *interventor* será designado, a solicitud del juez de la causa, siempre por el ente regulador⁷⁷. Aún en el caso de que la solicitud de *intervención*, emanada del Juez de la causa, sea recurrida, el ente regulador tiene la libertad velando por la continuidad del servicio, de designar al *interventor*.

En el sector de las telecomunicaciones, la Autoridad de Fiscalización y Control Social, en el marco de su competencia deberá proceder al nombramiento del *interventor*, así como a fijar sus atribuciones, remuneración y otras condiciones de acuerdo a los procedimientos establecidos en los reglamentos y en los respectivos contratos de concesión⁷⁸.

Consecuentemente con los requisitos de idoneidad del *interventor* en los otros sectores, el Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones exige que el *interventor* designado, sea una persona técnicamente calificada. El *interventor* deberá ser profesional, con conocimientos del sector. Además dispone que la remuneración sea establecida en base a la escala salarial de la Autoridad de Fiscalización y Control Social⁷⁹.

También señala que la autoridad, dando seguridad al concesionario, entregará una fianza por el valor establecido en el contrato de concesión respectivo, con el objeto de garantizar el desenvolvimiento del *interventor*⁸⁰ y aunque no lo exprese entendemos que la fianza debe permanecer en vigencia el tiempo que perdure la medida.

En los sectores de electricidad, transporte y saneamiento básico, la Autoridad de Fiscalización y Control Social en la misma resolución administrativa en la que ordene la *intervención* fijará las facultades que se otorgan al *interventor*, el plazo inicial de la *intervención* y la retribución que percibirá durante el ejercicio de sus funciones, especificando que serán con cargo al titular de la entidad intervenida⁸¹.

2. Facultades y obligaciones del *interventor*. Sus límites. Al ser la *intervención* una figura excepcional, corresponde mencionar que las facultades que se asignen al *interventor* deben ser expresamente enumeradas y responder a las circunstancias de cada caso en particular.

⁷⁷ D.S. 29018, art. 35-IV.

⁷⁸ Ley 1632, de Telecomunicaciones, art. 17.

⁷⁹ D.S. 24132, art. 105.

⁸⁰ D.S. 24132, art. 104.

⁸¹ D.S. 24043, art.61, D.S. 24179, art. 53 y D.S. 24179, art. 50.

Es bueno mencionar que la *intervención* tiene grados diferentes: por ejemplo el *interventor* en grado de coadministrador, que implica que no saldrá ningún documento sin la firma del coadministrado y tampoco se tomará ninguna decisión sin el consentimiento de éste. Esta figura tiene como finalidad conseguir dentro del término señalado, la reparación de cualquier anomalía, irregularidad o desprolijidad administrativa observada en el funcionamiento del ente intervenido.

Su esfera de competencia no trasciende más allá de la que posee el órgano intervenido, por estas razones el accionar del *interventor*, siempre, debe interpretarse restrictivamente.

La *intervención* al ser una medida temporaria, obliga a que las actividades del *interventor* se restrinjan a las de mera conservación de los bienes, impidiéndole que pueda disponer de los mismos. No olvidemos que los libros y la documentación societaria son inviolables por prescripciones constitucionales, salvo autorización judicial⁸².

En los sectores de los hidrocarburos⁸³, transporte⁸⁴, electricidad⁸⁵ y saneamiento básico⁸⁶, la normativa establece que el *interventor* preventivo tendrá entre sus facultades, las siguientes:

- a) Establecer las medidas que el concesionario debe adoptar para garantizar la normal provisión del servicio.
- b) Vigilar la conservación de los activos.
- c) Vigilar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la respectiva concesión, así como las disposiciones reglamentarias.
- d) Controlar los ingresos y egresos
- e) Dar cuenta al ente regulador de toda irregularidad que advierta en la administración
- f) Informar periódicamente al ente regulador, sobre todas las actividades desarrolladas, así como brindar toda información requerida por el ente regulador.

⁸² CPE, art. 25.

⁸³ D.S. N°29018, art. 36.

⁸⁴ D.S. 24179, art. 54.

⁸⁵ D.S. 24043, art. 65.

⁸⁶ Ley 2026, art. 39.

El ente regulador, en el sector de hidrocarburos, mediante resolución administrativa, podrá ampliar o limitar las funciones establecidas en los incisos anteriores. Es decir, que puede actuar con discrecionalidad en la ampliación o limitación de las funciones del interventor sin extrapolarse más allá de lo razonable.

El *interventor* en el sector de las telecomunicaciones tendrá la potestad de tomar las acciones necesarias a fin de garantizar la continuidad del servicio de forma ininterrumpida y será responsable por sus decisiones y acciones⁸⁷.

Las facultades del *interventor* permanecen bajo limitaciones estrictas. No podrá realizar actos de disposición del patrimonio del titular de la concesión, ni podrá disponer el despido de los directores, administradores, gerentes u otro personal de la empresa, pero podrá suspender de sus funciones, a los antes nombrados, previa aprobación de la autoridad competente⁸⁸.

Al finalizar la tarea asignada al *interventor*, éste deberá rendir cuentas de su actividad, de acuerdo a las disposiciones legales aplicables⁸⁹.

Corresponde resaltar, que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad tiene la potestad de limitar las funciones del *interventor* a lo indispensable, incluso podrá ordenar que se dedique exclusivamente a recaudar acreencias, sin injerencia alguna en la administración.

Como se observa, el Reglamento de Electricidad restringe las atribuciones del *interventor* señalando que no tendrá facultades de administración ni podrá disponer de los bienes del titular de la concesión. También dispone que el *interventor* no podrá ser demandado ni tendrá responsabilidad alguna por el resultado de la gestión⁹⁰.

En materia de transporte ferroviario⁹¹ y de agua y saneamiento básico⁹², entre las limitaciones a las facultades del *interventor*, encontramos:

- No tiene facultades de administración ni de disposición de los activos del concesionario.
- No podrá ser demandado y está excluido de responsabilidad sobre el resultado de la gestión del concesionario.

⁸⁷ D.S. 24132, art. 106.

⁸⁸ D.S. 24132, art. 106.

⁸⁹ D.S. 24132, art. 110.

⁹⁰ D.S. 24043, art. 68.

⁹¹ D.S. 24179, art. 56.

⁹² Ley 2026, art. 42.

- Deberá guardar confidencialidad y reserva acerca de toda información del concesionario a la que hubiera accedido con motivo y en ocasión de la *intervención*.

3. Plazo de la *intervención*. Extensión. Consideramos que la duración de la figura de la *intervención*, preponderantemente debe estar supeditada al cumplimiento de su cometido, pues puede darse el caso que una *intervención* establecida por un año, cumpla su objetivo en el término de seis meses, o a la inversa, situación que obligaría a prorrogar la medida.

Si bien es cierto que el plazo para la duración de la *intervención* en Bolivia varía según lo dispuesto en cada una de las normas sectoriales, parece más razonable adecuar los plazos de la institución a las necesidades particulares que puedan presentarse.

La Ley de Hidrocarburos⁹³, la Ley de Electricidad⁹⁴ y la normativa de Transporte⁹⁵, señalan que el ente regulador podrá disponer la *intervención preventiva* del concesionario o licenciatario por un plazo no mayor a un (1) año.

De persistir los riesgos que dieron origen a esta medida preventiva, el *Interventor* deberá solicitar a la Autoridad de Fiscalización y Control Social la aprobación previa, para ampliarla por un periodo similar. Es a esta autoridad a quien le corresponde conocer y resolver la petición formulada.

Aparte de los informes periódicos que debe elaborar el *interventor*, éste tiene la facultad de emitir un informe final de conclusiones y recomendaciones, antes del vencimiento del plazo de la *intervención*, en el que transparentará los resultados y las medidas que deberán tomarse para garantizar el normal desenvolvimiento del servicio y superar las causales que la motivaron.

En el sector de las telecomunicaciones, se establece el término de noventa días como el plazo máximo para que el *interventor* ejerza sus funciones, pero acepta la renovación de este plazo previa aprobación de la autoridad competente⁹⁶.

En el reglamento de esta ley, se señala que si el *interventor* no hubiera cumplido con sus cometidos en el plazo establecido para la *intervención*, deberá solicitar mediante informe debidamente fundamentado, su prórroga. En estos casos la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transporte, pondrá a consideración del Ministro de Obras Públicas, Servicios

⁹³ Ley 3058, art.111.

⁹⁴ Ley 1604, art. 35.

⁹⁵ D.S. 24179, art. 52.

⁹⁶ Ley 1632, art.17.

y Vivienda el informe del *interventor* y sugerirá la prolongación o conclusión de esta medida, siendo la autoridad superior quien toma la decisión⁹⁷.

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico podrá decidir la *intervención preventiva* por un plazo máximo de seis meses improrrogables⁹⁸. La característica y novedad de la *intervención preventiva* en este sector, es que el plazo es improrrogable, a diferencia de los otros en los que expresamente se permite prorrogar esta medida.

4. Extinción de la *intervención*. Toda *intervención* debe converger necesariamente en un informe final del *interventor* en el que recomendará a la autoridad competente, declarar la caducidad o revocatoria, o suscribir un convenio con el concesionario, en el que se establezcan las acciones que se deberán tomar para enmendar las situaciones que originaron la medida.

En el sector de los hidrocarburos, dentro del plazo de la *intervención* y en mérito al informe de conclusiones y recomendaciones, la Agencia Plurinacional de Hidrocarburos mediante resolución administrativa dará por finalizada la *intervención* y dispondrá las acciones que correspondan a fin de garantizar la normal provisión del servicio y superar las causales que dieron origen a esta medida⁹⁹.

En el sector de las telecomunicaciones, el *interventor*, deberá elevar un informe pormenorizado de la situación de la empresa intervenida, en el cual detallará si las observaciones o irregularidades que determinaron la *intervención* son justificadas y, de existir las mismas, deberá recomendar un plan para regularizar y normalizar la situación, o que se declare la caducidad¹⁰⁰.

Si el informe del *interventor* establece que el concesionario no está en condiciones de cumplir con las medidas propuestas, se determinará la caducidad de la concesión o licencia¹⁰¹. Una vez declarada la caducidad de la concesión, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transporte deberá convocar a una nueva licitación pública para la adjudicación¹⁰².

En el sector de electricidad¹⁰³, transporte¹⁰⁴ y saneamiento básico¹⁰⁵, al vencimiento del plazo de *intervención* o en la oportunidad que el *interventor*

⁹⁷ D.S. 24132, art. 109.

⁹⁸ Ley 2066, art. 38.

⁹⁹ D.S. 29018, art. 38.

¹⁰⁰ D.S. 24132, art. 107.

¹⁰¹ D.S. 24132, art. 108.

¹⁰² D.S. 24132, art. 24.

¹⁰³ Ley 1604, art. 35 y D.S. 24043, art. 67.

¹⁰⁴ D.S. 24179, art. 52.

¹⁰⁵ Ley 2066, art. 38.

considere oportuna, presentará a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad, su informe de conclusiones y recomendaciones¹⁰⁶.

Al concluir el plazo de la *intervención*, la autoridad competente basada en el informe del *interventor*, tiene dos caminos a seguir:

- Suscribir un convenio con el concesionario, en el que se establezcan las medidas que se deberán tomar a futuro, es decir, el restablecimiento de las operaciones a cargo del concesionario o licenciataria, o
- Declarar la caducidad o revocatoria.

IV. Palabras finales

Con el presente trabajo, nuestra pretensión es dar a conocer el régimen jurídico de la *intervención preventiva* como atribución de los entes reguladores de servicios públicos en Bolivia, precisamente en este momento de inflexión que vive el país, en el cual si bien se atisban algunos cambios positivos en el ordenamiento jurídico, se está retrocediendo enormemente en su aplicación ajustada a derecho.

¹⁰⁶ D.S. 24043, art. 67.

BRASIL

MEDIDAS DE INTERVENÇÃO DAS AUTORIDADES REGULADORAS COMO FORMA DE INTERVENÇÃO: OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA*

Romeu Felipe Bacellar Filho

A Constituição Federal de 1988 ao disciplinar a matéria, faz referência expressa que o Estado intervém no domínio econômico de forma direta, quando ele próprio atua empresarialmente por intermédio de estatais ou, de forma indireta, mediante fiscalização, regulação e planejamento com a edição de leis e atos ou fomentando a atuação privada, com incentivos fiscais, por exemplo. Atendendo ao título deste artigo, tratar-se-á exclusivamente das formas de intervenção indireta.

I. Intervenção indireta

A ordem econômica, nos termos do art. 170, da CF, fundamenta-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, requerendo, para tanto, a observância dos seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Uma vez que é assegurada a liberdade de iniciativa, o exercício de qualquer atividade econômica é livre; entretanto, a lei, entendida como lei complementar, poderá determinar autorização prévia para o exercício de certas atividades em razão da necessidade de ajuste do empreendimento a exigências atinentes à salubridade, segurança, higidez do meio ambiente e qualidade mínima do produto, conforme prevê o parágrafo único do art. 170. Exemplos são a produção e comercialização de agrotóxicos e medicamentos, radiodifusão e instituições financeiras.

*Versão atualizada do artigo publicado originariamente, sob o mesmo título, nas seguintes revistas: *Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, v. 16, págs. 13-22, 2002. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, págs. 153-162, 2002; *Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires: Ad-Hoc, v. 18-20, págs. 61-73, 2002; *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, v. 9, págs. 53-64, 2002.

Importante frisar que o dispositivo não está a restringir a liberdade de iniciativa, muito menos a autorizar tal atitude por norma infraconstitucional, pois esta liberdade, bem como a liberdade de concorrência, é suscetível de avaliação prévia da Administração Pública em relação a certas atividades, cujo desempenho requer obediência a padrões mínimos que, se não observados, podem prejudicar o interesse público.

A regra geral, que se aplica à maioria das atividades, é a desnecessidade de prévia autorização e a fiscalização durante o exercício destas, com aplicação de sanções, se for necessário.

Em ambos os casos (autorização prévia, fiscalização e regulação durante o exercício da atividade), o Estado estará intervindo indiretamente no domínio econômico, nos termos do art. 174, da Constituição Brasileira que dispõe: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Configura também atuação indireta do Estado no domínio econômico a repressão ao abuso do poder que este domínio pode gerar, representado pela dominação dos mercados, eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros, nos termos do § 4º do art. 173 da CF. O poder econômico deve ser exercido para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, segundo determina o art. 170 da CF.

Em atendimento à determinação constitucional de repressão ao abuso do poder econômico, foi editada a Lei n. 8.884/94 (alterada pela Lei n. 9.470/97), que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE em autarquia. A Lei, em seu art. 20, expressou constituírem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham como objeto ou que possam produzir os seguintes efeitos: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante. Na seqüência, no art. 21, foram exemplificadas condutas que, se produzirem os efeitos citados, caracterizam infração à ordem econômica, e nos arts. 23 a 27 encontram-se disciplinadas as penas.

A Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Por essa lei implementa-se, tradicionalmente, a intervenção indireta que ocorre com o controle de abastecimento, e ainda a adoção de medidas visando a garantia de quantidades necessárias de matérias-primas, produtos ou serviços ao consumo, também com o tabelamento de preços.

Neste contexto, agências reguladoras exercem um importante papel de auxílio ao Estado na fiscalização e regulação das atividades econômicas, seja em relação aos serviços públicos, seja em relação à atividade econômica em sentido estrito.

II. Administração pública e serviços públicos

Não há como abordar o tema que oferece título ao presente trabalho, sem antes discorrer sobre a questão de fundo que diz respeito à própria noção de serviço público. No Direito brasileiro, a atividade administrativa de prestação de serviços públicos encontra-se intimamente ligada aos postulados constitucionais. A Constituição Federal de 1988, tendo em vista o princípio federativo, divide a competência administrativa em matéria de serviços públicos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O artigo 21 elenca, dentre as competências da União, variados serviços públicos, dispostos notadamente nos incisos X e XI¹; no § 2º do art. 25, que atribui aos Estados-Membros a competência para exploração de gás local canalizado²; no inciso V do art. 30, que confere aos Municípios a prerrogativa para explorar os serviços públicos de interesse local, inclusive o de transporte coletivo urbano, que tem “caráter essencial”³ e, no inciso VII, a missão de “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

GERALDO ATALIBA já afirmava, com precisão, que embora não haja uma “definição ecumênica de serviço público, há indicadores na Constituição, revelados pela doutrina e pela jurisprudência, que são as balizas que permitem ao intérprete, em cada caso, saber se está diante de serviço público ou não”.⁴ Essas balizas constitucionais decorrem notadamente, do art. 175, da

¹ Art. 21. Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres (...)

² Art.25. (...) § 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação (...).

³ Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (...).

⁴ ATALIBA, G.: “Empresas estatais e regime administrativo: serviço público – inexistência de concessão – delegação – proteção ao interesse público” em *Revista Trimestral de Direito Público*,

Constituição Federal, segundo o qual “Incumbe ao Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” O parágrafo único desse dispositivo prescreve, ainda que, “A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

A Constituição Federal, ao estabelecer os fundamentos que sustentam nossa República e o Estado Democrático de Direito, que adotamos, elege a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, como vetores para a concretização dessa realidade republicana e democrática. No atendimento a esses fundamentos centra-se a função administrativa que como temos sustentado, encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.

Constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas⁵, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais. Como lembra CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, os serviços oferecidos pelo Estado ao cidadão constituem “meios de Direito Público, como aliás o próprio Estado, são, numa visão personalista, estruturas instrumentais a serviço da pessoa humana. Toda a sua aparelhagem visa criar condições que facilitem ou melhorem a realização da personalidade na vida dos homens”⁶.

É imperioso retomar os parâmetros da definição clássica de serviço público⁷ cunhada por LÉON DUGUIT — serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante⁸ — GASTÓN JÈZE — processo técnico para a satisfação de

São Paulo: Malheiros, n. 4, 1993, pág. 61. OBS. Conquanto não exista uma definição universal de serviço público é coerente supor a existência de um núcleo duro, mínimo, fundamental, que possa servir de parâmetro para uma conceituação que atenda a todas as aspirações.

⁵ Segundo J. MIRANDA, a função administrativa identifica-se, a partir do critério material, como a atividade de “satisfação constante e cotidiana das necessidades coletivas; prestação de bens e serviços.” MIRANDA, J.: *Manual de direito constitucional*, t. V, Coimbra: Coimbra, 1997, pág. 23.

⁶ MOTA PINTO, C. A.: *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pág. 43.

⁷ Segundo J. C. CASSAGNE, a concepção de serviço público concebida por HAURIUO volta a constituir um dos pontos centrais do Direito Público moderno, despojado da ideologia socialista que lhe imprimiu a Escola de Bordeaux. CASSAGNE, J. C.: *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1995, pág. 99.

⁸ DUGUIT, L.: *Traité de droit constitutionnel*, 2. ed., v. II, Paris: Fontemoing et C. Editeurs, 1923, pág. 55.

interesses gerais, submetido a um regime jurídico especial de prerrogativas de autoridade⁹ — e MAURICE HAURIUO — serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua, para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública¹⁰ — a fim de acentuar a *instrumentalidade do serviço público* em relação aos direitos fundamentais, *meio* que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu *fim* na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Daí porque revelar-se desarrazoado inadmitir, sob qualquer pretexto, a participação do cidadão no controle das atividades públicas.

A doutrina administrativa brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer, no inciso IV, do artigo 175, da Lei Fundamental de 1988¹¹, o *direito fundamental ao serviço público adequado*, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer “utilidades ou comodidades materiais”¹² consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade. Assim, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, defende que todo o cuidado do ordenamento jurídico com “a forma de prestação do serviço público justifica-se pela circunstância de a própria Constituição ter configurado o direito do cidadão (usuário) ao serviço público adequado”.¹³ No mesmo sentido, Adílson ABREU DALLARI afirma que “o direito ao uso dos serviços é um dos direitos fundamentais do cidadão”¹⁴.

É com esse espírito — sob a influência do direito fundamental ao serviço público adequado — que deve ser levada a efeito a *releitura* dos artigos da Constituição brasileira que versam sobre os serviços públicos, notadamente em momento tão crucial, em que parte da doutrina brasileira levanta-se contra o *caráter público do regime do serviço público* e passa a defender e a desenvolver técnicas de transferência da execução do serviço público a particulares que podem ser usadas como subterfúgio à *fuga para o Direito Privado*¹⁵.

⁹ JÉZE, G.; *Les principes généraux du droit administratif*, 3. ed. v. II, Paris: Marcel Giard, 1934, pág. 2.

¹⁰ HAURIUO, M. *apud* CASSAGNE, J. C. *Op. Cit.*, pág. 99.

¹¹ Art. 175. (...) Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹² Para C. A. BANDEIRA DE MELLO, o substrato material do serviço público consiste na prestação de utilidades ou comodidades materiais fruíveis diretamente pelos administrados. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pág. 479.

¹³ ROCHA, C. L. ANTUNES: *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 32.

¹⁴ DALLARI, A. ABREU: “Direito ao uso dos serviços públicos”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, 1996, pág. 215.

¹⁵ Sobre o assunto, a bela monografia portuguesa de M. J. ESTORNINHO que, analisando o tema, afirma que “ao longo dos tempos, a Administração Pública passou de uma fuga quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o Direito Privado, procurando escapar às vinculações

No direito brasileiro, a discussão sobre o regime jurídico do serviço público tem suscitado acalorados debates, principalmente a partir da Lei 9.472/97 que, ao regulamentar o inciso XI, do artigo 21 da Constituição Federal — “Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” — estabeleceu que os serviços de telecomunicações podem ser prestados no regime público ou no regime privado, isolada ou concomitantemente, por definição do Presidente da República¹⁶.

Cumpre, portanto, traçar, em linhas gerais, os princípios constitucionais do serviço público, impressos na Constituição Federal de 1988, que serão determinantes para a interpretação do seu regime jurídico. Neste ensaio, o tema será tratado com referência à competência regulatória exercida pela Administração Pública na execução de serviços públicos por particulares.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a participação de particulares na execução de atividades administrativas ligadas ao oferecimento de utilidades ou comodidades materiais aos administrados. O Estado pode prestar *diretamente* o serviço público (mediante órgãos ou pessoas jurídicas criadas

jurídico-públicas que normalmente enquadram a sua actuação.” Ainda, explica que “no Estado Absoluto, o Direito Privado era a ‘cara boa’ da Administração porque era sua face do ‘Fisco’ que se sujeitava a regras jurídicas, ao lado da ‘cara má’ representada pelo ‘Estado propriamente dito’ que, dotado de soberania, não se sujeitava ao Direito. Hoje, o Direito Privado é a ‘cara má’ da Administração porque é o mecanismo encontrado para fugir das vinculações jurídico-públicas. A atual promiscuidade entre o Direito Público e o Direito Privado tem acarretado a perda da consciência da unidade física do corpo administrativo — é o fenômeno do ‘fantasma do corpo desconjuntado’”. ESTORNINHO, M. J.: *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996, pág. 355.

¹⁶ Conferir, nesse sentido, os artigos 63 a 67, da Lei 9.472/97:

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação: I - exclusivamente no regime público; II - exclusivamente no regime privado; ou III - concomitantemente nos regimes público e privado. § 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização. § 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito.

para esta finalidade mediante delegação legal), ou *indiretamente*, por meio de concessão ou permissão a empresas particulares¹⁷.

A outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação. Não importa transformação do serviço em privado. O prestador do serviço trava com o Estado uma relação jurídica de colaboração¹⁸, permanecendo com o Poder Público a titularidade do serviço. Como captou a pena arguta de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

para o concessionário, a prestação do serviço é o meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço¹⁹.

O prestigiado jurista brasileiro tem defendido, fervorosamente, que o traço formal que caracteriza o serviço público é a submissão ao regime jurídico administrativo. Por essa razão, o autor é categórico em asseverar que a sua exploração por particulares não tem o condão de transformá-lo em atividade econômica. Afinal, o serviço público não é passível de privatização. Nestas circunstâncias, a concessão e a permissão são institutos regidos pelas regras e princípios do Direito Administrativo²⁰.

De outro lado, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ao referirem-se ao regime do serviço público, tornam a submissão ao Direito Administrativo mais elástica. DI PIETRO define o serviço público como “atividade material que a lei atribui ao Estado para

¹⁷ Nesse sentido, a doutrina de A. ABREU DALLARI: “haverá uma concessão de serviço público, nos termos do art. 175 da CF, quando o Poder Público decidir pela prestação de serviços públicos de maneira indireta, conferindo sua execução a uma terceira pessoa, a uma entidade que não é um prolongamento personalizado do próprio concedente, a uma entidade que, exatamente por não estar sob seu controle, pode contratar com o Poder Público. Por outro lado, não haverá concessão quando o Estado criar uma entidade para funcionar especificamente como instrumento de sua ação, para desincumbir-se precipuamente de prestar um serviço cuja execução cabe ao próprio Estado criador desta entidade.” DALLARI, A. ABREU: “Empresa estatal prestadora de serviços públicos. Natureza jurídica. Repercussões tributárias”. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990, págs. 103-104. Ressalte-se que há também a possibilidade de concessão a empresas públicas quando esta seja criatura de pessoa política não titular do serviço. Por exemplo, uma empresa de um Estado-Membro que presta serviços públicos federais. Assim, a lição de G. ATALIBA (*Op. Cit.*, pág. 67).

¹⁸ Para A. GORDILLO, “o contrato de concessão é um contrato administrativo de colaboração porque seu objeto é a realização, pelo concessionário, de uma atividade que se relaciona diretamente ao interesse público”. GORDILLO, A.: *Tratado de derecho administrativo*, 5. ed. t. I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, pág. XI-46.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Op. Cit.*, pág. 508.

²⁰ Conferir, principalmente: BANDEIRA DE MELLO, C. A.: “Privatização e serviços públicos”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 22, págs. 172-180, 1998.

que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”²¹. L. VALLE FIGUEIREDO, ao seu turno, como “atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público”²².

No outro vértice, CARLOS ARI SUNDFELD defende que a Constituição não vincula serviço público a regime jurídico administrativo, de forma que, segundo o autor, o legislador é livre para definir o regime — público ou privado²³.

Não podemos concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo²⁴, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput* da CF). Estes princípios devem ser entendidos como mandamentos de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo (órgãos da Administração Pública direta e as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, que compõem a Administração Pública Indireta), mas também pela Administração em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público.

III. Regulação e princípios do serviço público

A privatização das empresas estatais que exploravam serviços públicos acarretou uma drástica transformação no papel do Estado porque “em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto que surgem, como personagens indispensáveis, as agências reguladoras”²⁵.

²¹ DI PIETRO, M. S. ZANELLA: *Direito administrativo*, 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000, pág. 98.

²² FIGUEIREDO, L. VALLE: *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994, págs. 54-55.

²³ SUNDFELD, C. ARI: “Serviços públicos e regulação estatal” in *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 33.

²⁴ OVIEDO, C. GARCIA: *Derecho administrativo*, 5ª edição, Madrid: Pizarro, 1955, pág. 476.

²⁵ BARROSO, L. R.: “Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 25, 1999, pág. 77.

As Emendas Constitucionais n° 8 e n° 9 de 1995, alterando substancialmente a estrutura da Administração Pública, originariamente estatuída na Constituição Federal de 1988, previram, respectivamente, a criação de um “órgão regulador”²⁶ dos serviços de telecomunicações e das atividades elencadas no art. 177 da CF, relativas à exploração do petróleo, que constituem monopólio da União. A Lei 9.472/97 criou a ANATEL — Agência Nacional de Telecomunicações — e a Lei 9478/97, a Agência Nacional do Petróleo. Leis posteriores previram a criação de outras Agências Reguladoras²⁷.

A competência reguladora das Agências, autarquias que integram a Administração Pública indireta, envolve a tarefa de expedir normas sobre a prestação de serviços públicos ou sobre o exercício de atividades econômicas, sempre subordinada aos preceitos legais e regulamentares.²⁸ Revela-se bastante discutível a posição adotada por alguns juristas brasileiros que vêem na competência reguladora da Agência uma capacidade para produção de atos normativos primários, dotados de força para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico²⁹. Afinal, aceitar a transferência de funções legislativas ou mesmo regulamentares a pessoas jurídicas que integram a Administração Pública poderia importar, no regime brasileiro, quebra do princípio da separação de poderes, erigido à cláusula pétrea e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional (art. 60, §4º, III da CF³⁰). Perceba-se, como refere Leila Cuéllar, que inicialmente os próprios tribunais norte-americanos entenderam que a função legislativa, conferida ao Congresso pela Constituição, não poderia ser delegada³¹.

²⁶ Há uma evidente imprecisão técnica da Constituição envolvendo a distinção entre órgão (centro despersonalizado) de entidade (dotada de personalidade jurídica própria).

²⁷ A saber: Lei n° 9.872, de 26 de janeiro de 1.999, Cria a ANVISA; Lei n° 9.984, de 17 de julho de 1990, cria a Agência Nacional de Águas – ANA; Lei n° 11.182, de 27 de setembro de 2005, cria a Agência Nacional da Aviação Civil, entre outras.

²⁸ Regulamentos que o Presidente da República expede para fiel execução das leis mediante decretos (atos administrativos normativos), conforme o inciso IV, do art. 84, da Constituição Federal (“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”).

²⁹ Conferir em SUNDFELD, Carlos Ari, “Direito Administrativo Econômico”. São Paulo. Malheiros. 2000. Muito embora cuidando da competência do Conselho Nacional de Justiça, nos autos da Medida Cautelar, em Ação Direta de Constitucionalidade n° 12, CARLOS BRITTO, constitucionalista emérito e Ministro do STF, assentou: “A Resolução n° 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.”

³⁰ Art. 60. (...) §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos poderes.

³¹ CUÉLLAR, L.: *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo, Dialética, 2000, pág. 72.

Consagrou-se, assim, o princípio da não delegação (*non delegatio*), segundo o qual qualquer delegação de poder normativo pelo Poder Legislativo seria inconstitucional. Aduz a autora, ainda aludindo ao direito norte-americano, que a doutrina da não delegação cedeu à razão prática. Além da necessidade que tinham as agências de editar normas para implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo, em diversas oportunidades, não detinha aptidão para legislar sobre todas as matérias atinentes às agências, em face do volume e especificidade das mesmas.

Concordamos com aqueles que defendem a idéia de que a natureza da competência legislativa das agências reguladoras no Brasil não retrata e nem importa em delegação de poderes legislativos. A própria concepção constitucional do ato de delegar (outorga excepcional e temporária) não seria compatível com a natureza jurídica das agências reguladoras.

Malgrado reconheçamos que a competência regulamentar não é exclusiva das Chefias de Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais), é curial seja observado que os órgãos da Administração detentores do poder regulamentar, devem exercê-lo sob certos limites.

FABRÍCIO MOTTA, com inteira propriedade registra que os atos normativos editados pela Administração Pública possuem generalidade e abstração em variadas intensidades, não sendo possível identificar a existência de tais características à moda do tudo ou nada. Da mesma maneira, a integração destes atos ao ordenamento e a extensão e aplicabilidade de seus efeitos são variáveis, muito embora seja sempre possível e necessário aferir a incorporação da fonte responsável por sua edição³².

Convenha-se, contudo, que inexistente no conjunto normativo brasileiro lei definindo o que seja agência reguladora ou agência administrativa. A própria lei criadora da agência se encarrega de tentar oferecer uma definição que, geralmente, acaba se circunscrevendo à própria atuação do ente que houve por bem criar.

De todo o modo, às agências reguladoras de serviços públicos incumbe fiscalizar e reprimir, administrativamente, toda forma de atentado aos princípios que norteiam a exploração do serviço público. É importante reforçar o seu papel de “guardião do interesse público”. Como acentua o jurista carioca LUIS ROBERTO BARROSO:

³² MOTTA, F.: *Função Normativa da Administração Pública*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 258.

as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas: o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação dos serviços³³. Ocorre, todavia, que quando eles eram prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estas funções não tinham visibilidade e, a rigor, não eram eficientemente desempenhadas. Agora, todavia, a separação mais nítida entre o setor público e o setor privado revigora este papel fiscalizador³⁴.

Imperioso ressaltar que a aspiração do destacado constitucionalista só haverá de se concretizar uma vez garantidas as prerrogativas inerentes ao papel de qualquer agência reguladora: autonomia de ação e autonomia financeira.

No plano da legislação ordinária, existe previsão de intervenção na atividade desenvolvida por Concessionários e Permissionários de Serviços Públicos, a ser exercida tão somente pelo poder concedente. Com efeito, a Lei de Concessões e Permissões no Brasil (Lei nº 8987/1995, em seu art.32, atribui ao poder concedente a prerrogativa de intervir na concessão ou permissão a fim de assegurar a adequação da prestação do serviço público, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. A intervenção, nestes moldes – garantido o direito ao contraditório e ampla defesa – terá prazo determinado e uma vez cumprida a sua finalidade, ou o serviço será devolvido ao concessionário ou poderá até ser extinta a concessão. A Administração Pública, como visto, tem por função precípua gerir a *res publica*, a coisa pública. O grande desafio das agências reguladoras está em impor a efetivação dos dois princípios basilares do regime jurídico do serviço público: a universalidade e a continuidade. Serviço *acessível para todo o público, sem paralisações ou suspensões injustificadas ou irrazoáveis*: trilhando esse caminho teremos condições de proteger e concretizar, cada dia mais, os direitos fundamentais do cidadão consagrados na Constituição brasileira.

³³ Aduzimos nós: até pela própria atuação que lhe cabe mediante a utilização do Poder de Polícia.

³⁴ BARROSO, L. R. *Op. Cit.*, pág. 77.

A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL: DESENHOS DE UM PERFIL

Rogério Gesta Leal

I. Notas Introdutórias

As presentes reflexões pretendem tão somente investigar quais as possibilidades de controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil hoje, notadamente a partir do plexo de direitos e deveres estabelecidos ao Estado e à Sociedade Civil pela Carta Política de 1988. Para tanto, vamos considerar a estrutura institucional de competências federativas que estão postas no sistema jurídico brasileiro e as formas de suas veiculações, mais especialmente no âmbito do seu controle externo.

II. Perspectivas de controle externo da administração pública brasileira

Temos referido já há bastante tempo que, para a efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito no país, torna-se cada vez mais central o tema dos limites e das omissões do controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública¹. Tal controle, todavia, nunca significou (ou não deveria significar) o abandono ou renúncia de competências institucionais próprias ou específicas dos entes federados, mas, pelo contrário, o resguardo de suas autonomias e independências político-administrativas, ratificando o postulado fundacional que anima a idéia de República, a saber, a garantia de se criar um mecanismo de *chek and balance* entre os Poderes Estatais².

Dentre os mais diversos tipos de controles tradicionais que identificam a República brasileira, o mais destacado, por certo, é o desempenhado pelo Poder Judiciário, o qual, na dicção de Sérgio Ferreira:

Quando se trata de jurisdição em face da Administração, mesmo com a presença, em pólo da relação processual, das pessoas jurídicas públicas, político-federativas, ou autárquicas ou paradministrativas de direito privado, e de colaboradores da Administração Pública, mesmo quando isso ocorre, na

¹ Ver nosso artigo LEAL, R. GESTA: "Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Cívicos de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos", in *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2004, pág. 959.

² Neste sentido ver o excelente trabalho de SANDEL, E.. *Liberalism and the limits of justice*, Boston, Harvard University Press, 1999, pág. 39 e sigs.

verdade estamos diante desse tipo de função muito específica, que é a função de controle: sem que se desnature a jurisdição como tal, assume ela fim e sentido específicos³.

Entretanto, há outras formas de controle da Administração Pública que foram se desenvolvendo ao longo do tempo, muito mais na esfera federal e estadual do que na municipal⁴. Estamos falando aqui do controle interno, por exemplo.

O controle administrativo interno realiza-se ora pela aplicação do princípio da hierarquia, ora pela atuação de órgãos especializados.

Pelo princípio da hierarquia, pode o órgão superior da Administração em relação aos que lhes são subordinados: rever os atos, delegar e avocar atribuições e aplicar as penas disciplinares previstas em lei. O controle hierárquico pode ser prévio, concomitante ou posterior; faz-se *ex officio* ou mediante provocação⁵.

A crescente complexidade do aparelho estatal, a maior complexidade técnica das questões que tocam à Administração, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade, tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, o que motivou a criação de órgãos e departamentos para auxiliar o controle interno das Administrações Públicas.

Veja-se que a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais no que tange a este controle, assim é que continua ele, em linhas gerais, a traduzir-se na prática de **atos de invalidação, revogação, aprovação e homologação** dos fatos, atos e negócios jurídicos praticados pela Administração Pública. Provavelmente, a única inovação aqui, defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada num *enriquecimento conteudístico*, de *qualidade*, do autocontrole, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa, não só os elencados pelo art.37, seus parágrafos e incisos, mas pelo sistema constitucional e infra-constitucional como um todo – notadamente os princípios constitucionais, tudo vinculado à persecução da boa-fé e da confiança (*Vertrauensschutz*), que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico⁶.

³ FERREIRA, S. D'ANDREA: "A identidade da função de controle da Administração Pública" in *Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, C. L. ANTUNES ROCHA (coord.), Belo Horizonte, Del Rey, 2000, pág. 39.

⁴ Neste sentido ver o trabalho de MACEDO, H.: *O Controle da Administração Pública Brasileira: uma retrospectiva histórica e política*, Rio de Janeiro, Globo, 1966, págs. 28/69.

⁵ Conforme MOREIRA NETO, D. de F. "As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais" in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991, pág. 49.

⁶ Ver o trabalho de COUTO E SILVA, A.: "Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo" in *Revista de Direito Público*, n. 84: 46-63, pág. 46.

A maior experiência em nível de controles do Poder Público, contudo, é no âmbito externo, tema que vamos abordar a partir de um breve evolver histórico e institucional, este potencializado em suas possibilidades operacionais vinculadas à cidadania e ao próprio Estado⁷.

III. O controle jurisdicional da cidadania e do estado legislador

Como decorrência de todos os vetores acima enunciados, de muito se ampliaram as atuações de controle do Judiciário, bem como as pertinentes vias de acesso. Assim, e com simples exemplos: (a) O Judiciário aprecia não mais apenas a lesão, mas também, **qualquer ameaça a direito** (com o que se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) – CF, art.5º, XXXV; (b) As entidades associativas podem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) – CF, art 5º, XXI; (c) Sem prejuízo da letra “b”, supra, a ela aditando o reforço, têm-se o fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art.8º, III); (d) O vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, teve o controle de sua observância depositado nas mãos do cidadão, que conta, para tanto, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo constitucional (CF, art.5º, LXXIII).

Coexistindo com todas essas conquistas, permanecem íntegros, como meios de controle, o *habeas corpus* e o *mandado de segurança*.

A par da intermediação do Judiciário, tem o cidadão outros meios de controle da Lei Maior, no particular intensamente aprofundado e ampliado, a começar pela disposição genérica do inciso XXXIII do art.5º, da Carta Política, afirmando que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Por força deste comando constitucional, o controle externo da administração pública

⁷ Não vamos tratar aqui do Controle Externo Parlamentar, eis que não é o objeto do debate central, a despeito de sua configuração constitucional indiscutível, nos termos do art.49, V, da Lei Maior, quando assevera que é competência do Congresso Nacional *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*. Deixando-se de lado o sabor parlamentarista de tal competência, a verdade é que está posta em texto constitucional, sendo, pois, só por isso, dotada de indiscutível validade. Além disso, é preciso proclamar que o constituinte, aqui, “disse menos que queria”, ou do que devia. Sendo o preceptivo indiscutivelmente um meio de resguardo do princípio da separação de Poderes, tem-se, por consequência, que, além dos atos normativos do Executivo, também os atos administrativos se submetem à regra da sustação, do art.49, V. Estamos, pois, em face de fortíssimo procedimento de controle administrativo, que pode ser utilizando, mas, geralmente, não o é tanto.

desborda os limites institucionalmente demarcados, incorporando o povo no processo fiscalizatório e fazendo da participação popular um instrumento político hábil à abertura das inúmeras “caixas pretas” em que, não raro, se constituem os negócios públicos em nosso país, cuja marca de tradição patrimonialista – arquétipo de relações políticas, econômicas e sociais que predispões à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção- herdada da colonização portuguesa, permanece, baldados os inegáveis esforços do legislador em espancá-la com normas plasmadas em nosso Direito positivo⁸.

Em primeiro lugar, assinale-se que, conquanto a Constituição assegure o direito de privacidade (art.5º, particularmente nos incs. X, XI e XII), garante em contrapartida, um *direito à informação* (art.5º, XIV), tutelado, inclusive, por remédio processual constitucional específico – o *habeas data* (art.5º, LXXII). Aliás, no que particularmente diz respeito ao *habeas data*, ressalte-se que, na forma da consagração constitucional, serve ele não só para realizar concretamente o direito à informação, senão também para compelir a Administração à retificação de dados equívocos ou adulterados, guardados em seus registros.

Em segundo lugar, merece referência a circunstância de ter sido o clássico direito de petição (art.5º, XXXIV, “a”), valioso meio de contraste da atuação administrativa, adequadamente regulado e aparelhado. Isto porque, exercitando-se ele por meio de um processo administrativo, irá diretamente beneficiar-se da extensão, a este conferida, das clássicas e fundamentais garantias do processo judicial: publicidade, contraditório, ampla defesa (CF, art.5º, LV).

Ademais de tudo até aqui enunciado, goza também o cidadão, na nova ordem constitucional, de valiosos meios de ação política para o controle da atividade administrativa, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular (provisão genérica no art.14). Mas, para além dessas conquistas, importa destacar duas inovações controladoras: a) o direito do contribuinte de questionar a legitimidade das contas municipais (CF, art.31, § 3º); b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as Cortes das Contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art.74, § 2º).

Ao lado destes controles da cidadania, temos ainda os controles que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública direta e indireta, nas diversas esferas de poder (Federal, Estadual, Distrital e Municipal), com o auxílio dos Tribunais de Contas.

⁸ Conforme tão bem nos lembra FAORO, R.: *Os Donos do Poder*, Rio de Janeiro, Globo, 1989, págs. 28 e sigs.

Veja-se que o exercício desta função fiscalizadora, em auxílio ao Poder politicamente responsável pela fiscalização, entretanto, não faz do Tribunal de Contas um órgão subordinado ao Poder que auxilia. Ao contrário, sua ação, bem ainda sua estrutura, independem de quaisquer Poderes do Estado⁹.

Destarte, ainda que caracterizado pela “independência institucional” e “pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo”, o Tribunal de Contas exerce o controle externo da Administração Pública – auxiliando o Parlamento – agindo de ofício, de modo autônomo, ou com ações especiais realizadas por solicitação deste, sempre que houver entendimento, por parte das casas parlamentares, da necessidade desta atuação. A matéria, de resto, está contemplada exclusivamente nas Constituições Federal e Estadual, tendo esta última, no Rio Grande do Sul, remetido seu disciplinamento ao texto constitucional federal, ao estabelecer, em seu art.70, que:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas e mantidas pelo Estado, quanto à legitimidade, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts.70 a 75 da Constituição Federal.

Já o inciso IV, do art.71, do texto Constitucional Federal, comete ao Tribunal de Contas a competência para realizar, inclusive por iniciativa do Poder Legislativo, inspeções e auditores de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes, inclusive nas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Para evitar o equivocado entendimento de que o Vereador, o deputado Estadual, o Deputado Federal e o Senador, são titulares da prerrogativa individual de instar o corpo técnico do Tribunal de Contas a realizar determinada ação fiscalizadora alheia às suas rotinas operacionais, mister é que fique esclarecido que é o Poder Legislativo, como instituição, o titular da prerrogativa de solicitar ao Tribunal de Contas o auxílio especial, e não o membro do Poder individualmente. Este, frise-se, deve submeter eventual solicitação ao Plenário, à Mesa, às Comissões Permanentes, Temporárias, Especiais ou de Inquérito. A avaliação em cada caso, da necessidade institucional de acesso aos procedimentos privilegiados e especiais do

⁹ Ver neste sentido o trabalho de BOLZAN, R. & MILESKI, H. S.. “Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas” in *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, TCE/RS, vol.6, nº 9, 1988.

Tribunal de Contas do Estado, cabe apenas a tais colegiados, como representação do Poder Legislativo¹⁰.

De acordo com a dicção do art.31, caput, e seu § 1º, da Constituição Federal, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, ou ainda dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Pela dicção do art. 71, da Constituição Federal, ao Poder controlado cabe adotar as providências determinadas pelo Tribunal de Contas, podendo, se delas discordar, recorrer ao controle jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário. Tal procedimento, entretanto, não exige a autoridade controlada do cumprimento das determinações oriundas da ação desta Corte, enquanto não houver decisão do Poder Judiciário, prestador de jurisdição sobre o caso.

Assim é que, como regra geral, no direito brasileiro são sujeitos ativos da invalidação o Poder Judiciário e a Administração Pública. O Poder Judiciário poderá invalidar os atos administrativos no curso de uma lide, quando provocado para tanto, dependendo da reação do ordenamento jurídico com relação aos atos viciados. A Administração Pública, por sua vez, é sempre parte interessada na lisura de seus atos e poderá invalidá-los, *sponte própria*, ou quando convocada a fazê-lo, inclusive em face da ordem constitucional, pelo Tribunal de Contas.

De outra banda cumpre mencionar que, pelo fato da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, por força da Emenda Constitucional n.7, de 28 de junho de 1995, ter incorporado expressamente o princípio da motivação como um dos princípios informadores da Administração Pública, isto tem oportunizado ao Tribunal de Contas, através de manifestações de seu corpo funcional, sustentar que solicitações de ação especial que lhe chegam, oriundas de casas parlamentares, devem ser acompanhadas da devida motivação.

Com efeito, não raro encontramos situações em que falta competência institucional à reivindicação à atuação do Tribunal de Contas, por parte do Poder ao qual está afeto o controle externo, oportunidade em que a instituição postulante exorbita de sua prerrogativa; contudo, isto se dá apenas quanto á carência de competência constitucional e não quanto a inexistência de motivação para a solicitação de atuação especial da Corte, isto porque esta é intrínseca à lógica jurídica ensejadora da decisão de pedir auxílio técnico especial nestas circunstâncias¹¹.

¹⁰ Ver aqui o texto de RIBAS JR., S.: *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*, Florianópolis, Imprensa Oficial, 1996.

¹¹ Neste sentido, ver o trabalho de SPECK, B. WILHELM. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000.

Dessa sorte, entende-se que as inspeções rotineiras do Tribunal de Contas, nas administrações públicas, para os fins do inciso III, do art.71, da Constituição Federal, devem apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para o cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do aro concessório(grifei); a compatibilidade dos mesmos com o disposto no art.37, e seus incisos, do mesmo diploma legal, inclusive no que respeita às disposições relativas ao estabelecimento de um teto remuneratório para os servidores públicos, e no que concerne com a cláusula contida art.17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No exercício desta competência, deve o Tribunal de Contas, como prevê inc.IX, do art.71, da Constituição Federal: (...) IX – *assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (...) (grifei)*. Deve, ainda, o Tribunal de Contas, - de acordo com o disposto nos incisos seguintes, de números X e XI, *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado..., e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.*

Este controle culmina, por parte do Tribunal de Contas, com a emissão de um parecer prévio anual sobre as contas apresentadas pelos governantes, encaminhando à casa legislativa respectiva (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas, Câmara Distrital e Câmaras de Vereadores), que fará julgamento de caráter político, podendo acatar ou rejeitar o parecer do Tribunal de Contas. Quanto às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas e instituídas pelo Poder Público, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art.71, III, CF), o julgamento é exclusivamente técnico, esgotando-se em termos administrativos na alçada do Tribunal de Contas.

Aliás, a própria Constituição do Rio Grande do Sul estabelece (art.15, caput) o princípio da não intervenção do Estado nos Municípios, ressalvando as hipóteses elencadas nos incisos e parágrafos desta cláusula constitucional, de tal modo que a interferência do Estado (por seus três poderes, cabendo ao Poder Legislativo Estadual apenas apreciar o decreto de intervenção (cuja competência exclusiva à sua expedição é do Governador), ocorre excepcionalmente e tão somente quando: (a) deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; (b) não forem prestadas contas na forma da lei; (c) não tiver sido aplicado o mínimo exigido

da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; (d) o Tribunal de Justiça der provimento a representação para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial, e para assegurar a observância dos seguintes princípios: a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a probidade administrativa.

O Governador poderá, ainda, decretar a intervenção no Município, de ofício, ou mediante representação de dois terços da Câmara Municipal, ou do Tribunal de Contas, nos casos das alíneas **a**, **b** e **c**, ou mediante requisição do Tribunal de Justiça, no caso do inciso IV, todos do referido art.15, da Constituição Estadual.

Por suposto, resta evidente de todas as opiniões expostas até aqui, que o Senador da República, o Deputado Federal, o Deputado Estadual e o Vereador – como cidadãos e independentemente de deterem ou não a representação eletiva popular desta ou daquela unidade da Federação – podem requerer informações e representar junto aos Tribunais de Contas de todo o Brasil, sejam municipais, estaduais ou federal, em ação decorrente da cidadania militante, arrimados no inciso XXXIII, do art.5º, da Constituição Federal, alhures transcrito, ou ainda com amparo no § 2º, do art.74, do mesmo Texto Político, o qual dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (...); e, no caso do Rio Grande do Sul, fundados no art.5º, da Lei estadual n. 10.547/95, batizada como Lei da Economicidade, o qual dispõe que *o serviço de ouvidoria pública, previsto pelo art.74, § 2º, da Constituição Federal, que funciona junto ao Tribunal de Contas do Estado, será amplamente divulgado e acolherá denúncias fundamentadas de irregularidades.*

Cumpra agora verificar, na perspectiva do controle jurisdicional da Administração Pública, como ela se estrutura no país, o que vamos fazer dando destaque ao tema da discricionariedade administrativa enquanto questão de difícil apreensão e operacionalidade conjuntural.

IV. O controle jurisdicional da administração pública e o problema da discricionariedade

A gênese da discricionariedade administrativa remonta aos umbrais da Idade Moderna e do Estado Liberal, quando havia identidade absoluta entre Direito e lei, à época do triunfo e do apogeu do princípio da legalidade. Deste período em diante, as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, reagindo contra os abusos deste último, começaram a contar com uma certa tensionalidade especial, notadamente para frear os impulsos arrecadatários

e intervencionistas que marcaram a fase anterior¹², situação que foi facilitada com os limites normativos impostos às ações estatais, reduzindo em muito o seu âmbito subjetivo.

Estes marcos normativos, não obstante seu papel fundamental de contentor do absolutismo monárquico, não se mostraram por si só suficientes para deter ou prevenir os abusos da Administração em seu evolover, nem se revelaram aptos, como de fato não o poderiam ter sido, concebidos que foram com o fim de fortificar os Parlamentos, para conter os excessos dos legisladores¹³.

De qualquer sorte, a partir da Idade Moderna sabemos que falar em Administração Pública significa atrelar a ela a noção de juridicidade que, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os comandos gerais (principiológicos) previstos explícita ou implicitamente no sistema jurídico como um todo.

Esta moderna compreensão filosófica da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente, com o conseqüente adensamento ao princípio da legalidade pelo da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública¹⁴.

Neste diapasão, entendendo-se por atividade administrativa discricionária aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade de decisão, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados constantes naquelas normas, mediante um juízo de prognose axiológica; seja para agir mediante a ponderação comparativa crítico-social de interesses envolvidos na objetificação da ação pública; seja quando se procede à valoração e aditamento dos pressupostos de fato necessários à efetivação do comportamento estatal; seja quando se decide quando se vai editá-lo; seja quando se escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, a verdade é que, em todas estas situações, estamos diante, sempre, de possibilidades plurisignificativas de delimitação da fluidez de conceitos e categorias que forjam os próprios termos da lei¹⁵.

¹² RIVERO, J.: *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1981, págs. 34 e sigs.

¹³ Como muito bem demonstra MAIRAL, H.: *Control Judicial de la Administración Pública*, V.I. Buenos Aires, Depalma, 1990, págs. 29 e sigs.

¹⁴ Ver sobre este debate o trabalho de MALANDI, O.: *El nuevo derecho publico*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 98.

¹⁵ Ver o trabalho de LARENZ, K.: *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, págs.118 e sigs.

A despeito desta natureza reflexiva da norma e do próprio sistema jurídico, é a construção jurisprudencial e doutrinária desde o Direito Liberal mais clássico, bem como a consequente positivação de princípios jurídicos (gerais de direito e de direito¹⁶), que suscitaram a eclosão de diversas abordagens da discricionariedade administrativa, tendentes ora a alargar os aspectos normativos vinculados dos atos administrativos – ainda que de forma totalitária¹⁷ –, ora a subtrair do âmago da discricionariedade situações tradicionalmente nela inseridas, como, por exemplo, a formulação teórica dos conceitos jurídicos indeterminados, para finalmente desembocar nas teorias referentes a redução da discricionariedade a zero¹⁸.

Passo posterior a este em termos de modelos ocidentais (que nos interessam aqui) é o que viabiliza a possibilidade de um controle jurisdicional nos redutos indevassáveis e intocáveis da Administração Pública, antes intangíveis, da discricionariedade administrativa, para além dos limites da legalidade estrita, com a adoção de outros critérios, como, por exemplo, os da proporcionalidade e da razoabilidade, atingindo efetivamente os casos especiais e concretos de comportamentos estatais, e dando a eles tratamento individualizado (ainda que não ponderando questões mais axiológicas e deontológicas assaz presentes a partir do século XX – ao menos de forma mais explícita – na formatação dos sistemas jurídicos ocidentais e nas suas interpretações/aplicações)¹⁹.

JOÃO CAUPERS²⁰ ressalva que a persistência da idéia da possibilidade da escolha, como nota caracterizadora da discricionariedade, longe de eliminar a noção de parametricidade, a ela conduz. A parametricidade desta escolha subentende uma concepção positiva da discricionariedade, cuja essência, segundo o critério material, radica na *ponderação valorativa do interesse público*, este já delimitado pelo próprio sistema jurídico como um todo (constitucional e infra-constitucional). É preciso fazer uma opção que promova a consecução do interesse público contemplado no sistema, em razão do qual se confere a discricionariedade.

¹⁶ Como muito bem diferencia GRAU, E. R.: *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo, Malheiros, 2002.

¹⁷ Haja vista a experiência dos países da antiga União Soviética, viabilizando ao Estado uma liberdade de ação demasiadamente autoritária, em nome de um interesse público previamente definido. Ver o texto de BONNARD, R.: *Précis de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 2001.

¹⁸ Prioridade de um modelo de sociedade e mercado que se pretendem livres da coerção interventiva do Estado, consoante explanação de FRAGOLA, U.: *Degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1992, págs. 51 e sigs.

¹⁹ Ver CASTANHEIRA NEVES, A.: *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000. Ver também o trabalho de BARROS, S. DE TOLEDO: *O Princípio da Proporcionalidade*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

²⁰ CAUPERS, J.: “Considerações críticas à noção administrativa de discricionariedade gerencial” in *Revista de Direito Público*, vol.90. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pág. 49/72.

Já na perspectiva de CARABBA, vê-se um critério material em função da liberdade de apreciar o interesse público no caso concreto, adotado para definir a discricionariedade como a liberdade de valoração ou apreciação pela Administração do interesse público no caso concreto²¹.

Na dicção de GIANINNI²², por sua vez, com uma perspectiva mais restritiva, a discricionariedade administrativa não pode perder de vista a consecução do interesse público primário – ou interesse público geral, definido na ordem jurídica. No entanto, durante sua atuação, deverá sopesar os interesses secundários – públicos e privados que merecem ser levados em conta ou merecem ser sacrificados para a satisfação do interesse público primário. Denomina de primário, o interesse público que uma autoridade tem no seu rol de atribuições ou de competências, e secundários, para aquela autoridade, os demais interesses que se encontram no tecido social, sem se preocupar muito com os aspectos políticos e valorativos que estão presentes aqui.

SEGUNDO MARZUOLI²³, o fenômeno discricionário se especifica e consiste na determinação daquela decisão que, em uma dada situação, corresponde à consecução do interesse público, mediante uma comparação e atribuição de valor aos distintos interesses, ponderando, pois, sobre as bases axiológicas que estão presentes sempre na ação estatal, explícita ou implicitamente.

Em face de tais considerações, temos que a discricionariedade não pode mais ser compreendida como âmbito neutral sob o prisma da política e do político, mas, pelo contrário, encontra-se imersa neles, eis que se pauta pela eleição temporal, espacial e substantiva da ação estatal, através dos governantes – enquanto agentes políticos concretizadores dos interesses públicos. Por tal perfil, a discricionariedade administrativa se evidencia como a exteriorização cotidiana (e não excepcional) dos atos de governo, fundados ou não em prévios dispositivos normativos autoritativos destes comportamentos, matéria que não pode ficar imune à sindicabilidade e controles dos Poderes Estatais.

A concepção de discricionariedade traduzível na impossibilidade de controle institucional e social, concebida à época em que o Direito se identificava com uma legalidade restritiva e gramatical, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea de Estado Gestor vinculado a um sistema jurídico como plexo de valores em potencial estado de concretização.

²¹ CARABBA, M.: “La valutazione e il controllo strategico” in *Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pág. 45/62.

²² GIANINNI, M. S.: *Diritto Amministrativo*, Terza edizione, Giuffrè, 1988, pág. 39.

²³ MARZUOLI, R.: *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, pág.164.

Ademais, o núcleo central da discricionariedade, para nós, não se esgota no aspecto político do ato administrativo imune à revisão institucional ou social, perfazendo-se com a conjugação daqueles três elementos já referidos: *o complemento da previsão aberta da norma, a margem da livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes, balizada pela ordem normativo-axiológica vigente.*

Mais especialmente no que tange ao controle jurisdicional, podemos afirmar que, se há no novel sistema jurídico brasileiro um cenário mais ampliado de direitos e garantias, públicos e privados, cuja responsabilidade à efetivação e controle é compartilhado subjetiva e materialmente por todos os atores sociais envolvidos, o Estado Juiz pode e deve (como qualquer outro Poder de Estado) fazer operar o que podemos nominar de *controle de jurisdição* da Administração Pública, entendido aqui como aquele que abrange o exame da conformidade dos elementos vinculados da ação estatal com a lei (controle da jurisdição *latu sensu*), no sentido mais amplo do seu termo, aqui envolvendo toda o plexo axiológico que a compreende (notadamente o constitucional), e o da compatibilidade dos elementos discricionários pertinentes a todas as ações estatais (umas de forma mais intensa, outras de forma menos intensa) com este plexo valorativo (controle da jurisdição *stricto sensu*).

Assim, estamos dizendo que há no país hoje a possibilidade de exercitar o Poder Judiciário um controle jurisdicional de jurisdição *latu e stricto sensu* sobre a Administração Pública, alcançando inclusive os elementos constitutivos desta ação (ato) administrativa, vale dizer, sobre a valoração administrativa que envolve os juízos de motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Enquanto o controle de legalidade *latu sensu* compreende a verificação da correspondência entre os elementos da competência e forma do ato administrativo com a moldura previamente fixada na norma, e nos atos predominantemente vinculados, também dos motivos e objetos do ato²⁴, o controle de jurisdição em estrito senso, consiste no exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo, predominantemente discricionário em face do plexo axiológico a que está jungido²⁵.

²⁴ Tal estrutura de compreensão da legalidade do ato e suas possibilidades de aferição pode ser apreendida do texto de MELLO, C. A. BANDEIRA DE: *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, Malheiros, 1992.

²⁵ Tal perspectiva já é antiga em termos de doutrina na cultura jurídica Ocidental, haja vista a posição de QUEIRÓ, A. RODRIGUES: *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1052, pág. 21.

Estes temas não têm sido debatidos com a devida seriedade hoje, eis que a doutrina jus-administrativista brasileira hegemônica tem resistido aos vários tipos de controles que referimos anteriormente, notadamente o judicial. Para autores como Germana de Oliveira Moraes, esta é também uma questão cultural, eis que desde o Império o tema da Administração Pública sempre esteve restrito aos corredores palacianos e distante do controle político e jurídico vigentes²⁶.

ROBERT ALEXY²⁷ afirma que o caráter do princípio da discricionariedade implica a máxima da proporcionalidade, e esclarece que este princípio, com suas três máximas parciais de adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno), e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito), infere-se logicamente de sua natureza política e jurídica, a saber, desta se deduz.

Veja-se que este princípio da proporcionalidade surge bem cedo na jurisprudência da Corte Administrativa Suprema da Prússia (1892), que verificava, consoante registra MICHEL FROMONT, se as decisões de polícia eram necessárias. Assinala ainda esse autor que na doutrina alemã, OTTO MAYER, WALTER JELLINECK e FRITZ FLEINER, cuidaram dos limites do exercício do poder de polícia, a partir de formulação de critérios correspondentes a dimensões da proporcionalidade: excesso de poder, inaptidão, insuficiência, nocividade e necessidade, às quais se acresceram, a partir da Lei Fundamental de 1949, de uma nova, a saber, se a medida tomada era proporcional ao fim perseguido²⁸.

Consoante registro de FORSTHOFF²⁹, era fácil generalizar esta regra, pois, mesmo quando não se queria impedir o Estado de realizar seus fins, a Constituição protegia com tanta insistência a livre expressão da pessoa, que não se admitia ao legislador ou à Administração impor à liberdade restrições que excedessem ao que fosse necessário para se atingir o fim justificadamente público perseguido.

HARTMUT MAURER³⁰ informa que, atualmente, na jurisprudência administrativa tedesca, o princípio da proporcionalidade aplica-se antes de tudo aos atos administrativos que impõem uma obrigação ou uma sujeição

²⁶ Ver o excelente trabalho de MORAES, G. DE OLIVEIRA: *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*, São Paulo, Dialética, 1998.

²⁷ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 118.

²⁸ FROMONT, M.: *L'Etat moderne et l'administration*, Paris, LGDJ, 1997, pág. 92.

²⁹ FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Druma, 1994.

³⁰ MAURER, H.: *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

aos interesses privados, cuidando para que a relação entre os fins e os meios utilizados para tanto guardem um equilíbrio o menos oneroso àqueles.

Para OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO³¹, em época já remota, nada justifica, no Estado de Direito, a figura dos atos políticos em oposição aos atos administrativos. Confira-se:

Se dizem respeito à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumpre estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.

Sustenta, todavia, parte da doutrina tradicional³² especializada, serem os atos políticos insuscetíveis de controle jurisdicional, exatamente por envolverem matéria política, mérito político. Sua apreciação judicial é admitida tão-somente quando argüidos de lesivos a direito individual.

Esse entendimento, com a máxima vênia, contraria frontalmente o sistema jurídico como um todo, notadamente a Constituição que, em nenhuma parte enuncia a vedação entrevista. Muito pelo contrário, consagra no art.5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, e nos arts. 102, I, a; II, a e b; III, a, b e c; e 103, § 2º, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais, ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da supremacia constitucional (pela ordem, a ação direta de inconstitucionalidade, o recurso ordinário, o recurso extraordinário, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aliando-se aqui o novel instituto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/99, diploma regulador do art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, transcorridos já mais de 11 anos de sua entrada em vigor³³).

V. Considerações finais

Ao fim e ao cabo, a título de conclusões preliminares sobre esta matéria tão candente, temos que todo e qualquer ato praticado pelo governo – seja

³¹ MELLO, O. BANDEIRA DE. *Teoria dos Atos Administrativos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, pág. 82.

³² M. SEABRA FAGUNDES, em sua obra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1979. J. CRETELLA JÚNIOR, no texto *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1992.

³³ Ver o artigo de SARLET, L.: “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Alguns aspectos controversos” in *Revista AJURIS*, vol.84, Porto Alegre, RTJRS,

político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em conseqüência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão atinente à consecução dos direitos e garantias da sociedade brasileira, conectada aos seus poderes/deveres institucionais, pode ser subtraída de sua apreciação³⁴.

Estamos sustentando que, no Estado Democrático de Direito previsto para o país, torna-se inadmissível atividade isenta de controle jurisdicional, não só quando viola direitos, mas também – ante a garantia da constitucionalidade – quando contraria princípios fundamentais e preceitos constitucionais. Portanto, impõem-se afirmar que não há ato estatal inscindível pelo Poder Judiciário ou pelas formas institucionais de controle existentes, desde que viole direitos ou represente potencial risco às garantias asseguradas pelo sistema jurídico pátrio – através de suas regras e princípios fundacionais³⁵.

Significa dizer, com ENGISCH, que há uma certa discricionariedade jurisdicional neste particular, porém, ela não é livre e tampouco se encontra no âmbito meramente subjetivo do magistrado,

Trata-se antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração, a qual, todavia, não é uma valoração pessoal, mas uma valoração objetivamente válida. A valoração que aqui se realiza não precisa ser necessariamente uma valoração estritamente pessoal do julgador. Pode antes significar que este (órgão apreciador do Direito) deve indagar e determinar valorações prévias da generalidade das pessoas ou de determinados círculos³⁶.

Não estamos, com isto, defendendo teses de ativismo judicial ou devassa do princípio igualmente constitucional da independência dos Poderes do Estado, mas lhe dando conformação constitucional consentânea aos valores, finalidades e objetivos previstos pela própria Carta Política, garantindo, em sede de controle (*check and balance*) todo o necessário procedimento de participação dos sujeitos envolvidos, bem como a interlocução ínsita ao devido processo e a ampla defesa, sob pena de esvaziarmos a eficácia social

³⁴ Já trabalhei este tema no livro LEAL, R. GESTA: *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

³⁵ Neste passo, ver o trabalho de CRUZ, Á. R. DE SOUZA: *Jurisdição Constitucional Democrática*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

³⁶ ENGISCH, K.: *Introdução do Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Kalouste Gulbenkian, 2000, pág. 175. Ver também o texto de DWORKIN, R. "The Judge's new role: should personal conviction count?" in *Journal of International Criminal Justice*, Vol.37, England, Oxford Press University, 2003, pág. 19/37.

das conquistas democráticas alcançadas pela via da ordem institucional e representativa hodierna, como aliás, desafortunadamente, tem-se comportado boa parte da jurisprudência pátria³⁷.

³⁷ Pelo que podemos ver nos termos do Acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Rel. Min. Adhemar Maciel, no Rec. Especial nº 63.128-9, oriundo de uma ação civil pública promovida com o fito de obrigar o Governo Goiano a construir um centro de recuperação e triagem para adolescentes infratores, onde encontramos afirmações como as que seguem: “A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são dirigentes e programáticas. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos) e para o Judiciário (atualização constitucional). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada”.

DIREITO DA REGULAÇÃO: POR UMA TEORIA BASEADA NOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Juarez Freitas

I. Introdução

A eclosão da crise financeira de 2008 foi e é, sobretudo, reflexo de uma crise regulatória estatal. Os tradicionais modelos teóricos e empíricos voltados à correção das “falhas de mercado” (assimetria de informação, externalidades negativas, competição desleal, falta de transparência, etc) fracassaram de maneira rotunda e insofismável, nos países centrais, já por deficiências no campo da regulação (omissões, redundâncias e sobreposições pleonásticas e bizarras até), já pela grave ausência pura e simples da disciplina regulatória, como sucedeu em relação ao mercado bancário paralelo, que se instalou com espantosa facilidade tóxica, como diagnosticou PAUL KRUGMAN¹.

Em contrapartida, os modelos voltados ao combate às “falhas de governo”² (na linha de GEORGE STIGLER, com a denominada “teoria da captura”) também, ainda que involuntariamente, contribuíram – e muito – à desregulação alastrada, que fez parte decisiva da formação do nexos causal da grande crise de confiança mundial.

Precisamente por isso, uma nova teoria da regulação estatal, no Século XXI, inclusive do mercado de capitais, tem de ser vista como parte de uma teoria jurídico-econômica-institucional alicerçada no direito fundamental à boa administração pública (logo implicitamente no direito fundamental à boa

¹ P. KRUGMAN in *A Crise de 2008 e a Economia da Depressão*. Rio: Campus, 2009, pág. 168, a propósito do sistema bancário sombra (“shadow banking system”), observa, com acuidade: “Os bancos convencionais, que aceitam depósitos e são parte do Federal Reserve, operam mais ou menos à luz do sol, com livros escancarados e com reguladores olhando sobre seus ombros. Já as operações das instituições não depositárias, que são bancos de fato, em contraste, são muito sombrias. Com efeito, até a eclosão da crise, parece que pouca gente se deu conta de como o sistema bancário sombra se tornara importante” (pág. 168).

² Embora importante a contribuição clássica de G. STIGLER in “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 1971, certamente exagerou o fenômeno da captura: “The state – the machinery and power of state - is a potential resource or threat to every industry and society. (...) A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and designed and operated primarily for its benefit”. Ora, é inegável que tal teoria denunciou algo grave, mas conduziu à desregulação e a seus devastadores efeitos. Vide, para ilustrar, uma crítica à escola neoclássica ou econômica da regulação de C. SALOMÃO FILHO in *Regulação da Atividade Econômica*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, págs. 27-32.

regulação) isto é, direito à imparcialidade, à transparência, à prevenção e precaução, à proporcionalidade, à motivação, à eficiência e à eficácia do “Estado Regulador” (autenticamente engajado com os objetivos fundamentais do Estado Democrático – no caso brasileiro, os previstos na CF, art. 3º).³ Tudo sem sucumbir à regulação facciosa, “capturada”, “governativa” ou tendenciosa de qualquer matiz, tampouco sem incorrer nas crenças falsas da concorrência perfeita, do equilíbrio de mercado e em outras falácias inocentes ou nem tão inocentes, tais como as arroladas por JOHN GALBRAITH⁴.

Com efeito, força construir um consistente arcabouço regulatório de longo prazo e eticamente sustentado, pois, como adverte Amartya Sen, a crença de que a economia de mercado corrige a si mesma foi e é responsável pelo afastamento da imprescindível regulação, de modo a ignorar ou tolerar atividades do mercado que seriam chocantes até para o nem sempre compreendido ADAM SMITH⁵.

De maneira incontendível, a desregulação estatal revelou-se aposta ruinosa na “resiliência” dos mercados, hoje uma falácia auto-evidente, mas que produziu enormes estragos sistêmicos⁶. Por tudo, falta construir novo modelo de sistema regulatório, com ênfase, entre outros aspectos, para o aperfeiçoamento do regime das autarquias que exercem essa função estatal típica e indelegável. Eis o tema central do presente estudo.

³ Vide J. FREITAS in *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2a ed., São Paulo: Malheiros, 2009. Vide, também, J. FREITAS in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4a ed., São Paulo: Malheiros, 2009, já com a incorporação de reflexões sobre a crise de 2008 e a necessidade de um novo modo de interpretar e praticar o Direito Administrativo, inclusive na seara regulatória.

⁴ Vide J. K. GALBRAITH in *A Economia das Fraudes Inocentes*, São Paulo, Cia. das Letras, 2004, com destaque para o que chama de “mais prestigiosa forma de fraude, nossa mais elegante fuga da realidade (pág. 62)”, que redundou numa “reputação falsa e favorável do Fed” (pág. 63).

⁵ Vide A. SEN in “Capitalism Beyond the Crisis”, *The New York Review of Books*, Vol. 56, n.5, 2009: “The implicit faith in the ability of the market economy to correct itself, which is largely responsible for the removal of established regulations in the United States, tended to ignore the activities of prodigals and projectors in a way that would have shocked ADAM SMITH. The present economic crisis is partly generated by a huge overestimation of the wisdom of market processes, and the crisis is now being exacerbated by anxiety and lack of trust in the financial market and in businesses in general – responses that have been evident in the market reactions to the sequence of stimulus plans, including the \$787 billion plan signed into law in February by the new Obama administration. As it happens, these problems were already identified in the eighteenth century by Smith, even though they have been neglected by those who have been in authority in recent years, especially in the United States, and who have been busy citing ADAM SMITH in support of the unfettered market.”

⁶ Sem cair na falácia - apontada por J. GALBRAITH - de esperar demais do Federal Reserve, é certo que Allan Greenspan teve culpa por disseminar a idéia perigosamente equivocada na resiliência infalível dos mercados. Vide o seu livro *Age of Turbulence*. New York: Penguin Group, 2007. De outra parte, tem razão P. KRUGMAN in ob.cit., pág. 182, ao apontar a “falta de tração do Fed”, “quando se trata de tomadores mais arriscados”. E acrescenta: “O Fed de Bernanke também tem enfrentado o problema de, reiteradamente, estar atrasado.”(pág. 184)

II. Regulação de estado constitucional: características e propostas

1. Em primeiro lugar, o conceito de regulação estatal pode, com vantagens, ser compreendido como inerência do “poder de polícia administrativa”, desde que adotado o devido acordo semântico⁷, no bojo de uma renovada visão sistemática do Direito Administrativo. Mas o que mais importa é compreender que, no Século XXI, o Direito Administrativo, a despeito de preocupantes sinais contraditórios, tende a ser menos o Direito do Estado precipuamente executor direto dos serviços públicos ou universais e a se converter, em larga medida, no Direito do Estado Regulador⁸, sem prejuízo da indeclinável tarefa prestacional concentrada em assegurar o núcleo essencial dos serviços públicos⁹. A pouco e pouco, com a evolução institucional¹⁰, começa a ceder o executivismo hipostasiado (mormente no presidencialismo, que se caracteriza pela concentração unipessoal das chefias de Estado e de governo). Dito de outro modo, o Direito Administrativo emite sinais – ainda tímidos, é certo – de se encaminhar para o papel concretizador, a longo prazo e com imparcialidade, das políticas públicas que transcendem os mandatos.

Nesse ponto, sobreleva a valorização das Carreiras de Estado, aquelas que permanecem quando os governos passam. De fato, são os agentes das Carreiras de Estado que precisam assumir a blindada construção de novos controles orientados por objetivos (não simplesmente táticos), bem como a edificação de relações administrativas confiáveis com a cidadania (acima das políticas partidárias, presas às ciladas e às paixões do jogo eleitoral).

⁷ Vide J. FREITAS in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, ob.cit, especialmente o Capítulo 3, destinado à reconceituação do “poder de polícia administrativa”. No Capítulo 1, ao tratar dos princípios fundamentais de Direito Administrativo, há sugestão de caminhos para que o Direito Administrativo da regulação não chegue tarde demais. Daí a ênfase aos princípios cogentes da prevenção e da precaução. A propósito, em maio de 2008, já tinha sido lançada por Henry Paulson uma proposta para alterar substancialmente o marco regulatório do sistema financeiro norte-americano. Trata-se do “Treasury’s Summary of Regulatory Proposal”, buscando “market stability regulation, safety and soundness regulation associated with government guarantees, and business conduct regulation—can better react to the pace of market developments and encourage innovation and entrepreneurialism within a context of enhanced regulation”. Infelizmente, sob certo aspecto, já era tarde, contudo a mudança estrutural revela-se mais urgente do que nunca.

⁸ Vide G. MAJONE e A. LA SPINA in *Lo Stato Regolatore*, Bolonha, Il Mulino, 2000.

⁹ Reitere-se: tomada a regulação como inerência do “poder de polícia administrativa”, em sentido amplo. O estudo à base de tal acordo semântico é desenvolvido no Capítulo 3 de *O Controle...*, ob.cit., págs. 186-210.

¹⁰ Sobre o tema das instituições, vide D. NORTH in *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

Mais do que nunca, avulta a importância do redesenho institucional dos que desempenham o indelegável mister regulador¹¹, com real independência (notadamente, no presente estudo, das autarquias regulatórias, sem que se confundam com o Poder Executivo e, portanto, dotadas de efetiva autonomia orçamentária, financeira e administrativa), uma vez que precisam atuar como “terceiros” nas relações com o governo, inclusive para o cumprimento de relevantes *funções de arbitragem pública* e de implementação dos estímulos à observância voluntária – *compliance* – das “regras do jogo”.

Assim, numa espécie de superação parcial do esquema clássico de Poderes, as autarquias reguladoras independentes desempenham atribuições estatais indelegáveis, não no campo propriamente da formulação das políticas públicas, mas ao implementá-las com imparcialidade, eficiência e eficácia. Máxime após a crise financeira internacional da “bolha” imobiliária, reveladora de estridentes falhas regulatórias (não raro, associadas a redundâncias excessivas, como assinalado), mister reconhecer o papel regulatório voltado ao incentivo de práticas alinhadas com o retorno social, como preconiza JOSEPH STIGLITZ¹², em perspectiva reformista que se coaduna, em boa medida, com a aqui preconizada.

Nesse passo, já agora, no sistema brasileiro, não convém esquecer que inexistente, ao menos em sede normativa, qualquer relação de subordinação hierárquica dos dirigentes regulatórios, em relação à Administração Direta. Mais: as autarquias reguladoras jamais devem adotar – como se tentou – regime exclusivo inconstitucional de emprego público, uma vez que desempenham função típica de Estado.

¹¹ Sobre o tema, lamentando a falta de normas processuais para a defesa dos usuários de serviços públicos, vide P. R. FERREIRA MOTTA in “Marco legal das agências reguladoras”, *Interesse Público*, 45/29-37.

¹² Vide “testimony” de J. STIGLITZ in “The Future of Financial Services Regulation”. House Financial Services Committee, 21/10/2008. Sua proposta oportuna de reforma regulatória está assentada nas idéias de que “financial markets are not an end in themselves”, “the problems are systemic and systematic” e nos seguintes princípios gerais: incentives (“aligned with social returns”), transparency (“good information”) e competition (“balance between government and markets”). Vide M. JUSTEN FILHO in “O direito regulatório”, *Interesse Público* 43/19-40. Sobre a crise aludida, vide M. WOLF in *A Reconstrução do Sistema Financeiro Global*, Rio, Campus, 2009, págs. 198-200: “(...) Parte das soluções para nossas dificuldades é limitar a escala dos desequilíbrios macroeconômicos, uma vez que, não raro, eles são exacerbados pela debilidade financeira. A outra parte é operar o sistema financeiro de maneira a reduzir a tibieza, na hipótese de correções macroeconômicas (...) precisamos imaginar um mundo diferente em que o capital flua de maneira produtiva e segura para os países pobres (...)” E na pág. 21: “(...) o bom governo é, portanto, o fundamento de qualquer sistema financeiro sofisticado (...)”

2. Decerto, a competência dessas autarquias, no tocante à regulação, apresenta-se emblemático caso de indelegabilidade, sem descartar a auto-regulação¹³, mas com intransponíveis limites. Portanto, o vínculo do agente regulador há de ser o institucional. Os próprios dirigentes, que têm mandato fixo, gozam de estabilidade extraordinária, justamente à vista do aludido liame institucional, não contratual. Nessa medida, as considerações regulatórias são de Estado e têm de ser dominantes em relação às ponderações conjunturais, ainda que umas e outras não sejam de todo excludentes.

Por outras palavras, o novo modelo de regulação deve ser mais de regulação do Estado Constitucional, em sinergia com os demais controles (Tribunal de Contas, por exemplo) do que de “governo”, pois deve corrigir, de preferência preventivamente, tanto as falhas de mercado como as falhas governamentais, ambas lesivas. Frise-se, no entanto, que isso não significa admitir, ao menos por ora, poder normativo autônomo, a ponto de os reguladores inovarem, como se tivessem função equiparável à legislativa. Nem se devem subestimar os riscos de “captura”. O que se defende é que tais riscos somente são amplificados quando não há verdadeira autonomia estatal. Colima-se, desse modo, erguer uma regulação mais isenta, firme e democrática (socialmente controlada), na qual as autarquias reguladoras, especialmente no caso dos serviços públicos delegados e na disciplina (limitação do exercício de liberdade) do mercado de capitais, passarão a atuar como protetoras dos usuários e dos regulados idôneos, ao mesmo tempo. Contudo, entre outros requisitos, isso apenas será factível se, ao lado da democracia representativa, houver avanço expressivo no tocante ao princípio da participação¹⁴, com audiências públicas antes de qualquer resolução de cunho regulatório, sob pena de nulidade. Audiências sob a direção presencial da cúpula da autarquia¹⁵, não mera atividade de auditoria ou de consultoria passiva.

3. Reitere-se, na ótica conceitual proposta, a regulação é indelegável e irrenunciável atividade estatal de disciplina de atividade econômica relevante (em termos sistêmicos) ou da execução indireta de serviços públicos, efetuada com independência em relação à própria Administração Pública direta, como inerência do exercício do “poder de polícia administrativa” em sentido amplo.

¹³ Em nosso sistema, a cooperação entre Comissão de Valores Mobiliários e a ANBID, por exemplo, merece ser avaliada como fonte de sinergias, desde que a regulação estatal permaneça indelegável.

¹⁴ Vide, por sua ênfase ao princípio democrático da participação como guia de interpretação constitucional, S. BREYER in *Active Liberty*. New York, Vintage Books, 2005, especialmente págs. 102-108.

¹⁵ Esta é, para ilustrar, a melhor inteligência da Lei 10.233, que disciplina as audiências públicas na Antaq e na ANTT.

Assentado tal conceito, eis as principais características da regulação estatal (mais propriamente no caso das autarquias reguladoras brasileiras, sem prejuízo da auto-regulação e da regulação que opera no seio da administração direta – temas que refogem do presente estudo), com destaque prescritivo no intuito do aperfeiçoamento do regime autárquico (redefinição dos “marcos regulatórios”), quando for o caso:

(a) no presente, existe demasiada ambivalência ou anfibologia de regime jurídico das autarquias reguladoras: há independência formal do Poder Executivo, mas nem tanto (o contrato de gestão é prova disso). Como visto, a proposta é no sentido de que a regulação deve passar a ser mais de Estado do que “governativa”, no sentido de o regulador guardar real (não apenas no texto normativo) independência orçamentária, administrativa, financeira e propriamente regulatória, sendo como é atividade indelegável e típica de Estado, inconfundível com a do Poder Executivo ou Concedente. Na prática, porém, as autarquias regulatórias, às vezes, restam asfixiadas orçamentariamente (pelo contingenciamento) e realizam, por delegação, atividades que melhor estariam situadas no âmbito do Poder Concedente. Logo, a primeira sugestão é deixar, legislativamente, sulcada e nítida a tipicidade e exclusividade de suas funções.

(b) tal atividade estatal regulatória exclusiva pode ser desempenhada por entidades que não levam o nome de Agências Reguladoras (ex.: CADE, BACEN e CVM). O que importa é que sejam entidades autárquicas, vale dizer, pessoas jurídicas de direito público, vinculadas e não-subordinadas à Administração Direta e que exerçam tal função precípua, em regime especialíssimo.

(c) as entidades regulatórias devem ser redutoras de assimetrias e promotoras, concomitantemente, da correção de falhas de mercado e de governo, embora cuidando de evitar o excesso de ativismo. Ou seja, precisam corrigir disfunções, coibir fraudes, avaliar e informar os riscos de mercado, tendo em vista as crises oriundas de omissão estatal fiscalizatória ou regulatória propriamente, com particular destaque para a garantia do direito à boa informação, assegurada em tempo útil.

(d) as autarquias reguladoras devem observar o princípio da máxima transparência¹⁶, isto é, precisam agir de molde a tutelar o acesso ao devido processo regulatório e respeitar o princípio da participação (notadamente, por intermédio de audiências públicas, obrigatórias para qualquer alteração ou mudança da disciplina regulatória, sob pena de nulidade).

¹⁶ Vide, a propósito, o *Guia de Boas Práticas Regulatórias*, aprovado pela Diretoria Colegiada da Anvisa.

(e) as autarquias reguladoras devem observar, com maior rigor, a Lei de Processo Administrativo: no tocante o processo regulatório, incide a Lei 9.784/99, inclusive quanto ao dever de motivação em todas as etapas, em especial em face das propostas formuladas nas Audiências e Consultas Públicas. Com efeito, a eventual rejeição de proposta deve ser consistentemente motivada. Ademais, isso significa que o processo de regulação obedecerá, dentre outros, “aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” E mais: deve ser observada a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.” Ainda: a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação¹⁷”. Dito de outro modo, as autarquias reguladoras, em homenagem ao art. 5º da Constituição, devem assegurar o contraditório e a ampla defesa (sem prejuízo de medidas cautelares devidamente justificadas). Precisam respeitar, para valer, o “due process of law”, inclusive com a abertura de prazo para correção de falhas, em tempo útil, superados unilateralismos vetustos, próprios do Direito Administrativo dos séculos XIX e XX¹⁸.

(f) as autarquias reguladoras, que adotam modelo de direção colegiada, devem ter recrutados os seus dirigentes com a exigência, além da reputação ilibada, de qualificação elevada e específica para a regulação setorial. A par disso, em reforço à autonomia, os dirigentes devem ter mandatos não necessariamente coincidentes com o do Chefe do Executivo, tendo os nomes de ser aprovados pelo Parlamento (mais precisamente pelo Senado, nos termos do art. 52 da CF), embora com nomeação privativa do Chefe do Executivo (contraste-se, por exemplo, com o modelo francês). Força, de qualquer sorte, promover, desde logo, a ampliação do rigor na exigência de qualificação técnica para a área regulada, sem prejuízo da idoneidade moral incontestável e incontroversa.

(g) convém salientar que os agentes reguladores concursados (não os diretores), também devem atuar no regime institucional, não podendo ser empregados públicos, como bem assinalou o Supremo Tribunal, e fazem jus, preenchidos os requisitos (incluída a cogente aprovação em estágio probatório) à estabilidade do art. 41 da Constituição Federal, sem que se aplique a possibilidade de enxugamento previsto no art. 169 da CF, uma vez que se trata de Carreira típica de Estado. Dito de outro modo, os agentes reguladores, envolvidos com a atuação-fim, desempenham tarefas próprias de

¹⁷ Vide art.2º da Lei 9.784/99.

¹⁸ Sobre o tema, vide J. FREITAS in *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, ob.cit., especialmente o Capítulo sobre a era da motivação administrativa.

carreiras de Estado: obrigatório para estes o vínculo institucional, ainda que admitido o regime de emprego para os que desempenham atividades de apoio ou instrumentais. Ressalva feita, integram, pois, Carreira de Estado e devem agir sistemicamente (exemplo: convênio entre ANA e Antaq, sem prejuízo de convênios de regulação e auto-regulação, desde que, como sublinhado, não se extravie o caráter indelegavelmente estatal e nem se criem zonas de sombra).

(h) para evitar conflitos de interesse, os dirigentes das autarquias reguladoras devem respeitar período de “quarentena”, após deixarem o exercício dos respectivos mandatos, mas, além disso, devem se abster de atuação como dirigentes de partidos políticos, no período de exercício, pois se pretende, ao máximo, a despolitização partidária, no intuito de alcançar eficiente e eficaz regulação de Estado, redutora de conflitos intertemporais e liberta das preocupações transitórias, próprias do emocionalismo de curto-prazo do jogo partidário.

(i) sem a mencionada subordinação, as autarquias reguladoras assumem metas ou políticas traçadas pelo Parlamento e/ou pelo Executivo, sendo que o descumprimento de tais compromissos pode render ensejo à perda de mandato dos dirigente. Todavia, embora possam fazer “contratos de gestão”, em linha com o art. 37, parágrafo 8º da CF e da legislação de regência, não deveriam ser qualificadas como agências executivas. Como quer que seja, são controláveis por esta via, o que relativiza bastante a independência pretendida (como realçado, esta característica torna o modelo demasiado ambivalente) e merece revisão crítica.

(j) os atos regulatórios não são “autônomos”, ainda que se deva guardar parcial deferência à “reserva de regulação”, salvo em caso de violação de princípios, objetivos e direitos fundamentais, inclusive em homenagem à impropriamente denominada “separação dos poderes”: as autarquias reguladoras estão proibidas de inovar – como legisladoras – no plano das resoluções, as quais, portanto, devem ser infraconstitucionais e infraleais. Inovação, se houver, deverá conter-se nos limites da juridicidade sistemática. A “reserva de administração ou de regulação” não pode litigar com a “reserva da lei”, mas conviver harmonicamente. Por outras palavras, não há se falar, ao menos nas circunstâncias brasileiras, em “deslegalização”, nem em “regulamentos regulatórios autônomos” (em nosso sistema, exceção foi trazida pela EC 32, ainda assim apenas para o art. 84 da CF, evidentemente inaplicável às autarquias reguladoras).

(k) dada a aludida “reserva de administração” ou, no caso, “reserva de regulação” decidem, por último, as matérias de sua competência regulatória, salvo antijuridicidade: vedado o recurso hierárquico ao Ministério ou ao

Secretário (na órbita estadual), eis que, como visto, guardam relação de vinculação, não de subordinação à Administração Direta. De outra parte, o Poder Judiciário¹⁹ deve, o mais possível, respeitar tal atuação, restringindo-se a coibir a antijuridicidade manifesta, em face da presunção qualificada de legitimidade dos atos estatais regulatórios, mormente se forem atos administrativos isentos dos influxos governativos de curto-prazo.

(l) sem sobreposições pleonásticas viciosas, as autarquias reguladoras devem atuar, de modo sistemático e concatenado, isto é, em sinergia com os demais órgãos e entidades regulatórias e fiscalizatórias (TCU, órgãos ambientais, CADE, assim por diante): tal sinergia é condição para eficiência e eficácia da regulação estatal, em tempo útil, inclusive de maneira cautelar, sob pena de se prosseguir, por exemplo, com “apagões” licitatórios e redundâncias inaceitáveis.

(m) as autarquias reguladoras são criadas por lei específica (extintas do mesmo modo), como as demais autarquias e assumem, como remarcado, e submetidas a controle jurisdicional (em atenção ao art. 5º, XXXV da CF), mas com relevante papel “arbitral público”: os entes reguladores, em face de conflitos envolvendo regulados, podem versar, em matéria de competência própria, sobre direitos disponíveis (acessíveis à arbitragem privada) e até sobre direitos apenas arbitráveis por pessoa jurídica de direito público. Não é de surpreender tal figura no Direito Brasileiro, mormente porque, nessa mesma linha dialógica, já se tem experiência fecunda de conciliação, transação e termo de compromisso em processo administrativo sancionador, com bons resultados (exs:na CVM).

(n) as autarquias reguladoras devem motivar as suas decisões, sempre que afetarem direitos ou interesses de terceiros (não necessariamente dos regulados), ou seja, devem apresentar, de maneira límpida, consistente e coerente, os fundamentos de fato e de direito em todas as vezes que afetarem direitos de terceiros, sem exceção.

(o) as autarquias reguladoras podem ser setoriais ou gerais: o que releva destacar é que elas não traçam nem formulam políticas aplicáveis, pois lhes cumpre “somente” implementá-las. Todavia, em face da alta complexidade do processo regulatório, recomenda-se, sempre que possível, a especialização, como sucede no plano federal.

(p) as autarquias reguladoras devem agir, com incessante e balanceada busca de isonomia e promoção afirmativa da equidade: nas áreas reguladas, força preservar a concorrência saudável e combater as práticas predatórias, a par

¹⁹ Vide S. BREYER in *Active Liberty*, ob.cit., págs. 102-108.

de assegurar, na vida real, com vigor, o direito à livre competição, de modo a prevenir concentrações injustas e domínios abusivos de mercado, mas novamente não deve chegar tarde, por exemplo, no exame de fusões.

(q) as autarquias reguladoras devem superar a cultura do peso excessivo emprestado ao Poder Executivo e a seus decretos, pois, especialmente no presidencialismo, tal tendência gera instabilidade e volatilidade nas regras do jogo, afugentando ou paralisando investidores, em vez de propiciar a necessária segurança jurídica. Em compensação, as autarquias reguladoras, sem usurpar o papel dos formuladores das políticas públicas, não podem cair no hiperativismo desenfreado, por mais inerte que o Parlamento ou o Poder Executivo se encontre. Entretanto, a auto-restrição regulatória não impede a visão dinâmica das normas incidentes nos setores regulados e fiscalizados, ao menos se se quiser evitar o excesso de judicialização dos conflitos regulatórios. Todo necessário aperfeiçoamento dos denominados “marcos regulatórios” deve preservar os tímidos avanços já efetuados nessa linha, isto é, vedados os retrocessos.

(r) as autarquias reguladoras devem adotar uma nova visão de discricionariedade: toda discricionariedade administrativa está vinculada aos princípios, objetivos e direitos fundamentais. A inclusão dos objetivos faz-se necessária em face do art. 3º da Constituição, mas também para realçar a dimensão teleológica de toda aplicação normativa. Nesse sentido, convém não hipostasiar o conceito de discricionariedade técnica, como se dotada de insindicabilidade pelos controladores e pela sociedade. As autarquias reguladoras, “autoridades administrativas independentes”, não devem descurar do caráter inteligível de seu mister, ou seja, não devem abusar da técnica indecifrável no processo de tomada de decisões. Não há captura mais temível do que a indiferença apática da sociedade por nada compreender sobre a atividade estatal.

(s) a regulação de atividades econômicas sistemicamente relevantes ou de serviços públicos deve ser proporcional: quer dizer, numa avaliação adequada de custos e benefícios e de avaliação acurada dos riscos²⁰, deve incentivar

²⁰ Vide Report to the President-Elect of the United States, American Bar Association, Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2008: “our report urges you, first, to make prompt appointments of well qualified individuals to serve in your administration. Second, we urge you to join forces with Congress to rationalize and streamline the rulemaking process. More specifically, in overseeing the rulemaking process, you should (a) support the use of sound scientific risk assessment, (b) aggressively advance the use of information and communication technologies, (c) insist that agencies receive the funding they need for excellence in science and technology, and (d) seek to improve the management of the regulatory process. Third, we urge you to ensure that when federal agencies act to preempt state law, they should address these issues in explicit terms and act only after appropriate consultation with affected state officials. Fourth, we urge you

Cont.

retornos proporcionais aos setores regulados em face dos custos inevitáveis da atuação disciplinadora, não devendo pecar, por exemplo, pelo excesso de vigilância que tenha como efeito colateral a inibição do processo inovador, tampouco pela desproporcionalidade por omissão, que permite vastos setores estratégicos ficarem à margem de qualquer regulação. Os princípios da prevenção e da precaução, sobretudo, merecem introyção redobrada pelos reguladores, que não devem superestimar, nem subestimar os riscos reais, sempre vedados os retrocessos²¹.

(t) sem pleonásticas sobreposições viciosas nem unilateralismos que fazem ouvidos moucos à visão sistemática e dialógica do controle em sentido amplo, as autarquias regulatórias têm de respeitar o direito fundamental à boa administração pública, como todo Estado-Administração, compreendido –com inspiração no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice e, sobretudo, à luz da Constituição brasileira– como o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade,

to support ABA-sponsored legislation to reform the adjudication provisions of the Administrative Procedure Act. (...)

²¹ Há aspectos que devem ser mantidos, por exemplo, no âmbito do regime das Agências Reguladoras Federais, a título de ilustração: vide Lei 9.427/96, ao deixar claro o papel, no art. 3º, I, de “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica”, bem como, no inciso V, dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” Já a Lei 9.478, a propósito de sinergia, frisa bem, nos termos do art. 10: “Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente”. De sua parte, a Lei 9.961/2000, sempre com o intuito de ilustrar, no art. 1º, em linha com o aqui exposto, grifa que: “A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.” Por sua vez, a Lei 9.984/2000, para tentar evitar facciosismo, estatui, no art.11: “Aos dirigentes da ANA é vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária”. A Lei 10.233/2001 já aponta, também em harmonia com o aqui proposto, no art. 68: “As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública”. Ainda: § 1º Na invalidação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados. (...)” A seu turno, a Lei 9.472/97, destaca, no art. 9º, que a “Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência”. Além disso, estatui, no art. 40: “Os atos da Agência deverão ser sempre acompanhados da exposição formal dos motivos que os justifiquem”. Nesse ponto, sem reparo. No caso da Lei 11.182/2005, exige-se, no art. 12, que os diretores sejam “brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados pelo Presidente da República, após serem aprovados pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.” Tal exigência de elevado conceito também combina com o aqui proposto.

à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.²²

Trata-se de autêntica síntese,²³ somatório de direitos subjetivos públicos e deveres correspondentes, que inadmitem a antijurídica inércia de reguladores. No conceito-guia proposto albergam-se, entre outros, os seguintes direitos fundamentais: (1) o direito fundamental à regulação transparente, que implica coibir a opacidade (negadora da idéia de democracia, por definição), salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável; e, ainda assim, não definitivamente. Verdade, como ponderou NORBERTO BOBBIO, que, “uma vez assimilado o mal do segredo nos assuntos de Estado, é preciso dizer que existem casos em que o segredo pode ser considerado legítimo (...) quando garante um interesse protegido pela Constituição sem afetar outros interesses igualmente garantidos (ou, pelo menos, é necessário comparar os interesses)”;²⁴ (2) o direito fundamental à regulação dialógica com a devida processualização administrativa, isto é, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, assim como da duração razoável do processo (sob pena de indenização), a par de resposta consistente a todas as alegações do “administrado”, preferencialmente antes da tomada de qualquer decisão que possa afetá-lo; (3) o direito fundamental à regulação isonômica ou imparcial, isto é, a que não pratica discriminação negativa de qualquer natureza, nem se deixa mover por rivalidades, vinditas ou sentimentos escusos, mas, além disso, cumpre o incontornável objetivo constitucional (CF, art. 3º) de reduzir as desigualdades iníquas (sociais e regionais); 4) o direito fundamental à regulação pública proba, que veda condutas eticamente não-universalizáveis, omissivas ou comissivas, inequivocamente desonestas, aí incluída a complacência reprovável com os deslizes associados à arbitrariedade do “coronelismo”²⁵ – cumpre ter presente que a “corrupção” se tornou transnacional, tecnologicamente sofisticada e, em certa medida, faz vulnerável o próprio Estado Constitucional, mediante a “captura” de gestores ímprobos, todavia se nutre, no fundo, de cultura social propícia a fraudes e desmandos, cultura que debilita letalmente as instituições democráticas, de modo que reclama tratamento enérgico, para além das impotentes couraças antigas; (5)

²² Vide Jueaz Freitas in *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, ob. cit., pp.22-23.

²³ Sobre o tema, no contexto europeu, em face do art. 41 da Carta de Nice, vide a contribuição de J. RODRIGUEZ-ARANA in *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Navarra, Aranzdi, 2006. Vide, também, D. U. GALETTA in “Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 3-4/819-857, 2005.

²⁴ Não há como esquecer tal lição de N. BOBBIO in *O Filósofo e a Política. Antologia*, Rio de Janeiro, Contraponto, 2003, págs. 317-318.

²⁵ Vide, sobre o tema, V. NUNES LEAL in *Coronelismo, Enxada e Voto*, Rio, Nova Fronteira, 1975.

o direito fundamental à regulação eficiente (respeitadora da compatibilidade entre os meios empregados e os resultados pretendidos), eficaz (respeitadora da compatibilidade entre os resultados efetivamente alcançados e os mensuráveis objetivos traçados pela Constituição), economicamente ciosa, fiscalmente responsável e redutora dos conflitos intertemporais,²⁶ os quais só fazem conspirar contra o desenvolvimento humano. Por outras palavras, o controle sistemático das relações administrativas precisa densificar, de modo consistente, o direito fundamental-síntese à boa administração pública e, por implicação, o direito fundamental à boa regulação.

Assim, a regulação pública²⁷ das atividades de mercado sistemicamente relevantes (como as atividades bancárias) e das delegações de serviços públicos tem de passar por transformações institucionais urgentes, com a incorporação do que há de melhor nas tendenciais mudanças de paradigma do Direito Administrativo²⁸. Para a formação de nova e saudável atmosfera de negócios públicos, a atividade exclusivamente estatal de regulação, particularmente a exercida pelas autarquias reguladoras, precisa experimentar, como visto, reconfigurações sensíveis.

Ei-las, com a força da síntese que se impõe e a título de fixação: (I) a regulação estatal, numa funda mudança de estilo, deve abandonar a hipertrofia das práticas de imposição unilateral e autoritária, reconhecendo a primazia vocacional da conciliação, da arbitragem pública e da mediação, sem abdicar,

²⁶ Ou seja, sem abdicar de apontar caminhos, já que o mercado, por si só, é incapaz de se portar com a racionalidade ingenuamente postulada por muitos. Em contrapartida, confira-se a tentativa de solução conciliatória (intervenção e liberdade de escolha) na proposta (a ser bastante aperfeiçoada) de R. THALER e C. SUNSTEIN in *Nudge*, Yale University Press, 2008. Entre nós, sobre conflitos intertemporais, vide E. GIANETTI in *O Valor do Amanhã*, São Paulo, Cia das Letras, 2005.

²⁷ Tome-se a “regulação”, no presente trabalho, em sentido administrativista (sem desconsiderar que a expressão pode ter acepção ampla, abarcando a regulação legal), ou seja, como elemento do poder-dever de restringir o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade, além de zelar pela eficaz e eficiente prestação de serviços públicos na esfera administrativa (infralegal, em nosso sistema). Sobre o tema, vide C. FORTINI, M. F. PIRES DE CARVALHO PEREIRA e T. MARTINS DA COSTA CAMARÃO in *Licitações e Contratos*, 2a ed., Belo Horizonte, Forum, 2008; vide A. ARAGÃO in *Agências Reguladoras*, 2a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 37; vide M. JURUENA VILLELA SOUTO, “Função regulatória”, *Revista Diálogo Jurídico* 11, Salvador, CAJ/ Centro de Atualização Jurídica, fevereiro/2002; vide P. R. FERREIRA MOTTA in *Agências Reguladoras*, São Paulo, Manole, 2003; vide F. DE AZEVEDO MARQUES NETO in *Agências Reguladoras Independentes*, Belo Horizonte, Forum, 2005; vide MARCELO FIGUEIREDO (org.), *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*, São Paulo, Malheiros Editores, 2004; vide P. H. FIGUEIREDO in *A Regulação do Serviço Público Concedido*, Porto Alegre: Síntese, 1999, pág. 40; vide M. JUSTEN FILHO in *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, pág. 27. Vide também P. MATTOS (coord.), *Regulação Econômica e Democracia*, São Paulo, Editora 34, 2004.

²⁸ Vide, a propósito de tais tendências, o Capítulo 1 de meu livro *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, ob.cit, págs 30-155.

quando impositivo, do seu poder-dever de punir (com contraditório, mas sem tibieza, inércia ou procrastinação). (II) a regulação deve desenvolver competência técnica compatível com o primado da persuasão e da negociação, isto é, investir nessa qualificação específica dos agentes reguladores, além de zelar, no caso das autarquias, pela preconizada efetiva autonomia financeira, não sujeita a contingenciamentos e sem que o “contrato”²⁹ de gestão, previsto no art. 37, § 8º, da CF, represente ingerência indevida ou desvirtuamento do controle de performance. (III) a regulação deve alcançar equilíbrio justo e dinâmico entre retornos econômicos e sociais³⁰, com a salvaguarda do direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, bem como da justa partilha de ganhos e benefícios do parceiro público com o usuário, quando for o caso. (IV) a regulação de atividades econômicas relevantes, de parcerias público-privadas e das concessões “comuns” precisa ser socialmente controlada, até para evitar excesso intrusivo do Executivo ou sua “captura”. No ponto, está certo Cass Sunstein, ao defender novo “status” do usuário na relação regulatória³¹. Além disso, o controle social – ou empreendido pela democracia participativa (Constituição Federal, art. 1º) – não exclui os demais controles, mas a eles deve ser somado, sinergicamente. Nessa linha, mais que consultas públicas, como observado, deve-se assimilar a obrigatoriedade das audiências públicas em todas as resoluções estratégicas das autarquias reguladoras, sob pena de nulidade³². Dito de outro modo, em vez do temor excessivo de “captura” ou dos graves desvios levantados pela chamada teoria econômica da regulação³³, a postura constitucionalmente adequada consiste em, sem otimismo tolo, incentivar a sociedade a assumir maior protagonismo, estimulando-a a construir, preferencialmente, padronizações voluntárias³⁴ e universalização crescente dos serviços essenciais e contínuos, fazendo frente às falhas de mercado e de governo, simultaneamente; (IV) no crucial momento de definição da arquitetura do sistema regulatório brasileiro, força apostar numa profunda e democrática reforma institucional que consagre as Agências e as demais autarquias reguladoras (tais como o CADE e a Comissão de Valores Mobiliários) como instituições de Estado, mais que de governo,

²⁹ A depender do acordo semântico, é manifesto que não se trata de contrato, mas simples compromisso de cumprimento de metas. Importa é que tais metas não se confundam com a interferência indevida sobre a indelegável atividade regulatória.

³⁰ Vide C. MCCRUDDEN in *Social Policy and Economic Regulators, Regulation and Deregulation*, Oxford, Oxford University Press, 1999, págs. 275-291.

³¹ Para o contexto americano, vide as sugestões de C. SUNSTEIN in “O Constitucionalismo após o New Deal”, in P. MATTOS (coord.), *Regulação Econômica e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2004, pág. 136. Embora, de fato, aposte no reforço de poder e controle do Executivo em matérias regulatórias, acerta quando propõe “reformulação das doutrinas do direito administrativo para colocar os cidadãos no mesmo plano das entidades reguladas”.

³² Conforme, por exemplo, o citado art. 68 da Lei 10.233/2001.

³³ Vide G. STIGLER in “A teoria econômica da regulação”, in P. MATTOS (coord.), *Regulação Econômica e Democracia*, São Paulo, Editora 34, 2004, pág. 23. Para uma visão mais complexa e reconhecendo insuficiências da teoria em tela, na mesma obra, v. S. PELTZMAN in “A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação”, págs. 81-124.

apesar de integrarem a Administração indireta. E mais: o modelo plurilateral (parceiro público, parceiro privado e usuário) revela-se insuficiente, pois não se coaduna com a política regulatória autônoma e de Estado, e turba a sua credibilidade. Faz-se indispensável *acrescentar um pólo no desenho das relações jurídicas de delegação, a saber: além do parceiro público, do parceiro privado e do usuário, imperioso acrescentar a figura do autônomo regulador, sem debilitar o controle externo (Tribunal de Contas, inclusive)*. Além do mais, o fato de a autarquia reguladora não realizar a definição da política setorial em nada lhe subtrai – ao revés – a competência para fiscalizar os demais pólos. Opta-se, de conseguinte, pela regulação como pólo estatal relativamente autônomo, não apêndice nem braço da Administração Direta. Com efeito, seria erro grave, nessa altura, deixar de reconhecer a regulação como pólo independente, por exemplo, na relação plurilateral de Parcerias Público-Privadas e das concessões “comuns”, notadamente quando se preconizam relações confiáveis no longo prazo. Tudo isso há de ser solvido, com acuidade e sensatez, na busca de segurança jurídica, uma vez que investidores de longa maturação demandam ambiente isento de severos riscos de alterações abruptas no cenário negocial. Não se trata, bem de ver, de postular uma independência que redunde em clima de hostilidade entre a autarquia reguladora e o poder concedente. Ao contrário. As autarquias reguladoras precisam evitar qualquer usurpação funcional. Devem promover a solidária atuação conjunta e sistemática a favor da prestação eficiente e eficaz do serviço adequado. No modelo sugerido, a regulação não guarda identidade monista com o titular do serviço, isto é, com o parceiro público – opção de capital importância, ainda mais no presidencialismo. A regulação deve, pois, resguardar a estabilidade institucional duradoura, em meio à mutabilidade típica do mundo política, econômica e financeiramente volátil. Para tanto, o vínculo dos agentes reguladores deve ser, como grifado, o institucional ou estatutário³⁴ – nunca o contratual – (com as garantias a ele inerentes). A própria Lei de Parcerias Público-Privadas, nesse aspecto, andou bem, ao deixar translúcido o caráter indelegável dessa missão estatal exclusiva.

III. Considerações finais

Mais do que nunca, a regulação deve ser vista como tarefa do Estado Democrático (não contraposto à sociedade), mais do que de governo, no rumo de uma nova tradição regulatória que transcenda o episódico e o transitório, ou seja, o estritamente governamental ou o primado dos interesses particulares e de curto-prazo. As autarquias reguladoras são – ou devem ser – independentes e, como preconizado, não devem efetuar a definição da política setorial, mas

³⁴ Sobre as vantagens da padronização voluntária, vide E. DEMING in *As 14 Lições Definitivas sobre Controle de Qualidade*, São Paulo, Futura, 2003, pág. 210.

³⁵ Vide, a propósito, a Lei 10.871/2004.

corrigir falhas de mercado e de governo na execução ou conformação dessas políticas. Não há outra função mais importante dessas autarquias reguladoras senão a de defender a preponderância dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, nas relações atinentes à delegação de serviços universais ou nas atividades econômicas de relevância coletiva. Deve, pois, a regulação evitar o equívoco assaz comum³⁶ de facciosismo ou de unilateralismo. Ao se dar conta de seu novo papel, resolverá com maior facilidade os potenciais conflitos e os custos associados, evitando (sem pretender sufocar) as demandas judiciais e o próprio recurso à arbitragem privada. Assim, a função mediadora e solvedora de conflitos assume feição precípua e inerentemente regulatória.

Por todo o exposto, o “Estado Regulador” (que, na ótica esposada, disciplina, na esfera administrativa, os serviços públicos delegados e as atividades econômicas de relevante interesse coletivo) tem o dever de cabal observância da rede de princípios, objetivos e direitos fundamentais, mais que das regras. Ou seja, não pode praticar o não-Direito, por exemplo, ao inovar como se as autarquias fossem legisladoras, dado que precisam zelar por princípios tais como o da soberania popular e o da distribuição competencial dos poderes, inclusive para que tenham condições concretas de conquistar e de merecer “deferência” judicial no exercício de suas atribuições próprias e exclusivas. Somente assim, a regulação estatal alcançará operar como redutora consciente (direta ou oblíqua) dos custos de transação. Quer dizer, as autarquias reguladoras devem atuar como guardiãs sistemáticas, com prevenção e precaução, das expectativas legítimas. Mais: a regulação deve ser promotora do desenvolvimento, em sentido amplo, sobressaindo o desenvolvimento humano, de sorte a incorporar, vez por todas, parâmetros desse jaez – algo que acontece, de maneira incipiente, mas que precisa ser francamente incentivado em nosso meio, com a adoção pactuada de critérios mensuráveis de avaliação dos setores regulados e dos reguladores. Em derradeiro, a regulação é uma indeclinável função estatal que, acima de tudo, precisa cultuar a transparência no âmbito do setor regulado e no exercício da sua própria missão, com destemor de tornar acessíveis todos os dados processuais atinentes a suas atribuições, incorporando, em definitivo, a cultura do pleno respeito ao devido processo, que reclama o resolutivo combate à opacidade.

Eis, em resumo, as propostas vocacionadas a renovar o modelo de regulação, de maneira a fazê-lo consentâneo com a consolidação do aperfeiçoado paradigma de Direito Administrativo, em condições de fazer frente às altamente desafiadoras demandas do Século XXI, máxime no final da sua primeira década, às voltas com uma profunda crise (des)regulatória mundial.

³⁶ Como enfatizado, a referência às Agências Reguladoras não é – nem poderia ser – excludente de outras atividades regulatórias. V., ainda, C. ARI SUNDFELD in “Introdução às Agências Reguladoras”, in C. ARI SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1a ed., 3a tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, págs. 17-38.

Força, pois, respeitar e concretizar o direito fundamental à boa administração pública, com o implícito direito à boa regulação, vale dizer, regulação de Estado Constitucional (em vez de eminentemente governativa), endereçada ao longo prazo, cooperativa, sistêmica, autônoma e independente, rompendo com grillhões burocráticos, redundâncias excessivas e omissões sombrias. Nada mais desafiador e nevrálgico, na hora atual, do que desenvolver tal inovador modelo regulatório, sem o desatino das mudanças abruptas e com o efetivo compromisso com os objetivos fundamentais do Estado Democrático, sobretudo o da promoção eficiente e eficaz, para além da retórica, do “bem de todos”, no dizer expresso da Constituição brasileira.

COLOMBIA

POSICIONES DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA SOBRE LA INDEPENDENCIA O AUTONOMÍA DE LAS AGENCIAS REGULADORAS

Libardo Rodríguez Rodríguez

I. Introducción

La actividad de regulación económica es una de las actividades administrativas que ha sufrido mayores transformaciones en los tiempos recientes, como consecuencia de las influencias que el pensamiento económico contemporáneo ha proyectado sobre el derecho administrativo y sobre el papel del Estado en la economía, lo cual ha dado lugar al surgimiento del llamado “Estado regulador”¹.

En efecto, desde mucho tiempo atrás el Estado, especialmente con ocasión de la aparición del llamado Estado intervencionista, ha tenido la potestad de intervenir en la economía a través de la expedición de normas en materias económicas, las cuales han sido tanto de carácter constitucional, como legal y administrativo. Sin embargo, la actividad que se conoce en la actualidad como de “regulación económica” sólo aparece en las últimas décadas del siglo xx como respuesta a las presiones de diversos sectores sobre la necesidad de transformar el papel del Estado en la intervención sobre la economía.

Para efectos de este estudio, podemos considerar esa actividad de regulación económica como una de las funciones que debe llevar a cabo la administración pública, consistente en la adopción de decisiones, generales y particulares, que buscan lograr un adecuado y eficiente funcionamiento del mercado en sectores económicos de especial trascendencia para la sociedad y, en particular, la promoción de la competencia y el respeto de los derechos de los actores de los mercados de esos sectores económicos.

Dentro de ese contexto de transformaciones del papel del Estado en la economía, han aparecido también agencias estatales especializadas que son

¹ Sobre la aparición del Estado regulador, puede verse a DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, págs. 155 y sigs, y a CASSESE, S.: “La noción de «constitución económica» y las transformaciones del Estado”, en *A&C Revista de direito administrativo e constitucional*, n° 14, Belo Horizonte, Editora Fórum e Instituto Paranaense de Direito Administrativo, enero – marzo 2003, págs. 11 y sigs.

las encargadas de desarrollar esa actividad administrativa de regulación económica para cada uno de los sectores económicos de especial trascendencia para la sociedad².

Estas agencias u organismos especializados suelen tener dos características particulares: por una parte, se trata de las llamadas autoridades administrativas independientes o de autoridades que forman parte de la estructura tradicional de la administración pública pero que gozan de una especial autonomía en su gestión, en el sentido de que tanto su estructura como su funcionamiento se encuentran alejados de las influencias políticas o económicas que puedan existir en el respectivo sector objeto de regulación y, de otra, como una consecuencia de lo anterior y de las exigencias propias de la actividad reguladora, su composición es plural y sus miembros suelen ser personas altamente calificadas, con alta consideración y respeto profesional en el medio en que habrá de realizarse la regulación, y quienes no pueden ser removidas libremente por el órgano nominador³.

En todo caso, independientemente de la posición orgánica que tengan las agencias, autoridades u organismos de regulación económica, a dichas autoridades se les reconoce una cierta autonomía o independencia en el ejercicio de sus funciones de regulación, para evitar que la mencionada actividad resulte afectada por factores externos o incluso provenientes del propio sector económico objeto de regulación, evitándose de esa manera la ocurrencias de fenómenos como la llamada “captura del regulador” por parte del regulado o de instancias políticas⁴.

En cuanto hace al derecho colombiano, de acuerdo con lo que ha expresado la Corte Constitucional y lo concluido por la doctrina, podemos afirmar que las autoridades de regulación son, de una parte y con origen constitucional,

² Véase a MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado*, t. i, Los fundamentos, Madrid, Editorial Civitas, 1997, págs. 224 y sigs; a GARCÍA LLOVET, E.: “Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho”, en *Revista de Administración Pública*, n° 131, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo–agosto de 1993, págs. 61 y sigs; a PARADA, R.: *Derecho administrativo*, t. ii, Organización y empleo público, 19ª ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, págs. 261 y sigs; a DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ J. M.: “El nuevo modelo de regulación para la competencia”, en *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, n° 3, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 131, y a MONTAÑA PLATA, A.: *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 88 y 89.

³ Al respecto, véase a ARIÑO, G.: *Economía y Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, págs. 464 y 465, y a GORDILLO, A.: *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, págs. XV-2 y sigs.

⁴ Sobre este fenómeno, véase a ARIÑO, G.: *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Fundación de Estudios de Regulación, 2003, págs. 591 y sigs.

el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, y de otra y con origen legal, las comisiones de regulación de servicios públicos (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT) y la Comisión de Regulación en Salud – CRES⁵.

Al respecto, debe advertirse que existen otros organismos consagrados en la Constitución a los cuales ésta les reconoce autonomía, unas veces de manera expresa, como la Comisión Nacional del Servicio Civil, el ministerio público, la Contraloría General de la República, las autoridades que conforman la organización electoral, las entidades territoriales, las universidades del Estado y las corporaciones autónomas regionales, pero que no pueden ser considerados como organismos de regulación, toda vez que sus actividades no se refieren a la promoción de la competencia y eficiencia de ciertos sectores económicos, ni a la protección del funcionamiento adecuado del mercado.

Lo propio ocurre con otros organismos de origen legal, tales como el Consejo de Ministros, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, el Consejo Superior de Comercio Exterior, el Consejo Superior de Competitividad, el Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS, el Consejo Nacional Ambiental, el Consejo Nacional de Estupefacientes, entre otros, los cuales, si bien desempeñan funciones en materias económicas, no pueden considerarse agencias de regulación pues sus funciones tienen que ver con la definición de políticas públicas y no con la regulación económica. A su vez, también con origen legal, existen otros organismos como la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Transporte, que si bien desarrollan funciones de regulación económica en ciertos sectores, no se consideran agencias de regulación en la medida de que dichas funciones no son las que desarrollan de manera principal, como sí ocurre con las mencionadas agencias.

Finalmente, tampoco pueden ser considerados como organismos de regulación los organismos que llevan a cabo actividades de autorregulación, como ocurre con el Autorregulador del Mercado de Valores, pues si bien desarrollan actividades que pueden ser consideradas como de regulación económica, se trata de organismos privados y no de agencias públicas⁶.

⁵ Al respecto, véase Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003 y C-955 de 2007. Desde el punto de vista doctrinal, aunque sin incluir a la Comisión de Regulación en Salud – CRES, por ser ésta de reciente creación, véase a DUSSÁN HITSCHERICH, J.: “Las agencias de regulación en Colombia”, págs. 6 y 7, en <http://www.dussan.net/adminarticulos/agencias.pdf>.

⁶ Véase Corte Constitucional, sentencia C-692 de 2007: “Desde una perspectiva jurídica amplia, la autorregulación hace alusión a la forma en que los particulares y las organizaciones privadas actúan y se relacionan. En este contexto, se define como el instrumento mediante el cual grupos de individuos y agentes de cualquier negocio o industria, con base en la autonomía que el ordenamiento les reconoce, acuerdan unas pautas de conducta o un marco jurídico de deberes

En relación con los organismos de regulación, debe señalarse que en el derecho colombiano la jurisprudencia constitucional y administrativa han adoptado diversas posiciones en cuanto a la autonomía e independencia que se reconoce a esta clase de agencias u organismos estatales especializados, posiciones que serán expuestas y analizadas en el presente estudio.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta los organismos de regulación reconocidos en el derecho colombiano, expondremos la forma como la jurisprudencia reconoce la independencia o autonomía de cada uno ellos, comenzando por el Banco de la República (I), siguiendo con la Comisión Nacional de Televisión (II) y finalizando con las comisiones de regulación (III), para luego precisar las conclusiones que se desprenden de las posiciones jurisprudenciales (IV) y terminar con un análisis crítico de esas posiciones jurisprudenciales sobre la independencia o autonomía de los citados organismos (V).

II. La independencia o autonomía del Banco de la República

La más importante de las agencias de regulación creadas en la Constitución Política de 1991 es el Banco de la República, el cual, conforme al artículo 371 de la Carta, es una “persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”.

El citado Banco tiene a su cargo las funciones de banca central, las cuales incluyen, según el mismo artículo 371, la regulación monetaria, cambiaria y crediticia; la emisión de la moneda legal; la administración de las reservas internacionales; la de ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito, y la de servir como agente fiscal del gobierno. Además, de conformidad con el artículo 373 de la Constitución Política, otra de las funciones que debe desempeñar el Banco de la República consiste en velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda⁷.

y obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento tiene repercusiones de diversa naturaleza. Se trata de un mecanismo de negociación con vocación reguladora, materializado a través de instrumentos impositivos como convenios, normas técnicas, manuales de buenas prácticas y códigos de conducta, en cuya elaboración, desarrollo y aplicación no interviene ni participa el Estado. Tales instrumentos son acordados voluntariamente por sujetos privados, en relación con la actividad que cumplen, y contienen la normatividad aplicable a las relaciones que se suscitan entre ellos. En tales instrumentos se puede prever también el sometimiento de todos los suscriptores del convenio al control de su cumplimiento adelantado por un tercero imparcial (ente autorregulador)”.

⁷ Una presentación sistemática y detalladas de las normas constitucionales sobre el Banco de la República, puede verse en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 22 de agosto de 1995, radicación 717.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las citadas funciones se resumen en el deber del Banco de “velar por la moneda sana”⁸. Ahora bien, según la misma jurisprudencia, ese principal deber del Banco implica que debe estar organizado y actuar con un importante grado de autonomía, especialmente respecto del Gobierno Nacional. Para llegar a esa conclusión, la jurisprudencia se ha basado en el análisis de las diversas discusiones que sobre el particular se hicieron en la Asamblea Nacional Constituyente, en las se afirmó que el banco central debía ser autónomo respecto del Gobierno para efectos de garantizar un adecuado manejo monetario, cambiario y crediticio⁹.

No obstante, como lo veremos más adelante, esa autonomía que constitucionalmente se le reconoce al Banco de la República no es absoluta ni puede ser entendida como una independencia de los demás organismos públicos. La citada autonomía, según la propia jurisprudencia, encuentra ciertos límites derivados de la propia normatividad constitucional que lo regula y de las relaciones con los demás organismos del Estado.

De acuerdo con lo anterior, analizaremos, de una parte, las expresiones de autonomía del Banco de la República en la jurisprudencia y, de otra, los límites a dicha autonomía señalados por la misma jurisprudencia.

A. Las expresiones de autonomía del Banco de la República

En cuanto a las expresiones de autonomía del Banco de la República, en primer lugar ha concluido la Corte Constitucional que, desde un punto de vista orgánico, la autonomía reconocida constitucionalmente a dicho organismo se expresa en que el mismo no pertenece a ninguna de las ramas del poder público ni tampoco es uno de los organismos de control o de los electorales, sino que forma parte de los denominados por el artículo 113 de la Constitución Política “órganos autónomos e independientes”¹⁰, con el mismo nivel, jerarquía e importancia de las ramas del poder público.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-529 de 1993, frase que ha sido reiterada sistemáticamente por la jurisprudencia constitucional.

⁹ Al respecto, el Constituyente manifestó: “...el manejo de las finanzas públicas ha demostrado que los instrumentos de carácter fiscal no deben financiar o asumir los costos que demande el manejo monetario, cambiario y crediticio del país y que éste no debe financiar o asumir los costos que demande el manejo fiscal. Los ponentes consideran que así debe procederse para que se haga efectiva la separación del manejo monetario de los asuntos de carácter fiscal y al mismo tiempo se garantice una real autonomía del Banco Central respecto del Gobierno” (Informe-Ponencia “La Banca Central”, Ponentes: OSCAR HOYOS, CARLOS LEMOS SIMMONDS, RODRIGO LLOREDA CAICEDO, IGNACIO MOLINA, CARLOS OSSA ESCOBAR y ANTONIO YEPES PARRA, en *Gaceta Constitucional*, n° 53, p. 8).

¹⁰ El citado artículo 113 dispone lo siguiente: “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e

Cont.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado:

La autonomía administrativa del Banco significa que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público, ni a los órganos fiscalizador o de control o electoral, sino que es un órgano autónomo e independiente que aun cuando forma parte del Estado, tiene una naturaleza única que, en razón a sus funciones, requiere de un ordenamiento y organización especiales, que difiere del común aplicable a las demás entidades¹¹.

Para realizar la anterior interpretación, la Corte Constitucional se ha basado en lo expresado en los debates que antecedieron a la expedición de la Constitución Política de 1991, en los cuales se expresó que el organismo que ejercerá las funciones de banca central, esto es, el Banco de la República, dada la especial actividad que habrá de desarrollar, debe ser organizado como un “órgano del Estado de naturaleza única”. En particular, manifestó el Constituyente:

“La autonomía administrativa y técnica especial dentro de la estructura del Estado, permite establecer que el Banco Central no forme parte de las ramas Legislativa, Ejecutiva, Jurisdiccional, Fiscalizadora o Electoral del Poder Público, sino que debe ser un órgano del Estado de naturaleza única, que por razón de las funciones que está llamado a cumplir, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio, diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas.

Dicha naturaleza del Banco y, por ende, la razón de su normatividad, se justifican porque se trata de una institución que debe tener en cuenta, ante todo, el carácter eminentemente técnico y por lo demás complejo de los problemas monetarios y cambiarios que maneja. El Banco Central debe ser el órgano al que le corresponda la dinámica de la organización monetaria de la economía para poner en funcionamiento el sistema, los controles y la dirección de la moneda y para ello, debe actuar con identidad propia, con un régimen legal y operativo distinto y autónomo, pues no de otra forma podría poner en práctica eficiente y oportunamente, las medidas monetarias que por Ley está llamado a dictar y ejecutar”¹².

independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-050 de 1994. Al respecto, la Corte Constitucional también se ha pronunciado en las sentencias C-529 de 1993, C-341 de 1996, C-481 de 1999, C-566 de 2000, C-817 de 2001, C-719 de 2004 y C-354 de 2006. Idéntica conclusión ha formulado la jurisprudencia administrativa: véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de septiembre de 2004, radicación 1.580.

¹² Informe-Ponencia “La Banca Central”, cit.

Con base en lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha afirmado que la especial autonomía que la Constitución consagró para el Banco de la República como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria “proyecta en nuestra organización constitucional la presencia de las denominadas autoridades independientes”¹³.

En consecuencia, puede afirmarse que la primera expresión de la autonomía del Banco de la República se ha traducido en el reconocimiento jurisprudencial de que dicho organismo es una autoridad independiente, que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público (ejecutivo, legislativo y judicial), a los órganos de control ni a las autoridades electorales, sino que se trata de un órgano autónomo e independiente con una naturaleza especial y propia que prácticamente se encuentra al mismo nivel de las ramas del poder público.

Para la jurisprudencia, la autonomía constitucionalmente reconocida al Banco de la República no se limita a su ubicación dentro de la organización del Estado, sino que como consecuencia de lo anterior, la posición del Banco frente a otros órganos del Estado y, especialmente frente a la rama ejecutiva, no es igual a la de las entidades descentralizadas, en tanto que no existe relación de tutela o jerárquica alguna con dichos órganos.

En este sentido, ha expresado la Corte Constitucional que la autonomía del Banco

...no simboliza tan sólo la posibilidad de actuar con relativa independencia de la voluntad de otros órganos del Estado, como sucede dentro del régimen de las entidades descentralizadas, en donde, de todas maneras sobrevive alguna forma de tutela en virtud de la relación jerárquica con el organismo central, sino que le permite decidir con independencia frente a las exigencias de la comunidad, de los demás organismos del Estado y en particular del Gobierno¹⁴.

En segundo lugar, otro aspecto que la jurisprudencia ha resaltado en relación con la autonomía administrativa del Banco de la República se concreta en la existencia de un régimen legal especial para dicha entidad, como bien se desprende del artículo 371 de la Constitución Política que ordena que el Banco estará sometido a un “régimen legal propio”, tanto en materia de organización como de funcionamiento¹⁵.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-827 de 2001. En este sentido, también pueden verse las sentencias C-719 de 2004 y C-354 de 2006.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-021 de 1994.

¹⁵ En este sentido, la jurisprudencia ha expresado: “el Banco de la República no forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público; por lo tanto, no son predicables de su organización y funcionamiento las reglas generales aplicables a la organización y relaciones internas dentro de la Administración. No es el Banco una entidad descentralizada y por ello no son pertinentes los principios y reglas de la dirección y el control administrativos” (Corte Constitucional, sentencia C-827 de 2001).

Este régimen legal propio en materia de organización, según la misma jurisprudencia, “comprende básicamente lo relativo a la forma de su organización, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración y el período del gerente”¹⁶. Así, por ejemplo, dentro de la idea de autonomía de organización que se garantiza al Banco de la República, la jurisprudencia constitucional ha podido concluir que el régimen laboral aplicable a los trabajadores del Banco no se encuentra exclusivamente en la ley, sino que puede ser desarrollado en sus propios estatutos, de tal manera que éstos pueden crear beneficios extralegales. En otras palabras, otra de las expresiones jurisprudencialmente reconocidas de las normas especiales en materia de organización del Banco de la República se encuentra en el régimen laboral flexible, el cual depende no sólo de las normas legales, sino de las situaciones reguladas en sus propios estatutos¹⁷.

A su vez, en lo relacionado con el funcionamiento del Banco de la República, debe recordarse que el artículo 371 de la Constitución Política señala que, además de gozar de autonomía administrativa, el Banco también goza de “autonomía patrimonial y técnica”, las cuales reflejan la manera como constitucionalmente se ha consagrado una especie de independencia funcional para el citado Banco.

Para la jurisprudencia constitucional, la consagración de las autonomías patrimonial y técnica constituye, desde el punto de vista del desarrollo de sus funciones, un elemento fundamental de la configuración constitucional del Banco de la República como organismo encargado de llevar a cabo las funciones de banca central y de regulación monetaria, cambiaria y crediticia, pues junto con la autonomía en materia de organización aseguran que la gestión del Banco se llevará a cabo libre de influencias directas por parte de otros organismos del Estado y, especialmente, del Gobierno Nacional.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha podido afirmar que se reconoce una “autonomía de gestión y de decisión” al Banco de la República frente al Gobierno Nacional, la cual “significa que para el cumplimiento de sus funciones no debe ni puede obrar con sujeción a las instrucciones políticas del Gobierno, pero sí en coordinación con la política económica general”¹⁸.

En particular, en relación con la regulación crediticia, el Consejo de Estado ha señalado que se trata de una “competencia exclusiva del Banco de la República,

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-341 de 1996.

¹⁷ Véase Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1994.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-050 de 1994. En similar sentido, puede verse la sentencia C-489 de 1994.

porque la Carta no autorizó compartir tales facultades ni con el Presidente de la República, ni con otra autoridad u organismo del Estado”¹⁹.

En concordancia con esa idea de autonomía funcional o de gestión y decisión, la Corte Constitucional ha entendido que la “autonomía patrimonial” del Banco, a la que se refiere el artículo 371 de la Constitución, se traduce en la posibilidad de que dicha entidad lleve a cabo un manejo independiente de sus propios recursos, así como en la posibilidad que tiene de organizar su contabilidad de la manera que considere más adecuada²⁰.

Al respecto, la misma jurisprudencia ha precisado que el reconocimiento de la autonomía patrimonial y el hecho de que el Banco lleve a cabo funciones de regulación como regla general y no propiamente de gestión fiscal, permite concluir que no puede existir un control fiscal permanente y sobre todas sus actividades, como ocurre en general con las demás entidades de carácter público, sino que dicho control debe ser excepcional y referirse a situaciones precisas y concretas en las cuales el Banco desarrolle actos de gestión fiscal. En otras palabras, para la Corte Constitucional la consagración legal de un control fiscal total y permanente, desconocería la autonomía constitucional del Banco de la República y, especialmente, su autonomía patrimonial²¹.

De otra parte, la jurisprudencia ha destacado la consagración de la autonomía técnica, como aquella que se refiere a la capacidad del Banco “para analizar libremente los fenómenos monetarios”, así como la posibilidad de “diseñar sin injerencia de otras autoridades los instrumentos que demande el ejercicio de sus atribuciones en aquellas materias que tienen por objeto cautelar la estabilidad de la moneda y asegurar la solidez y la confianza en el sistema monetario del país, con prevalencia de consideraciones de interés público y de beneficio de la economía nacional”²².

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias de 1º de febrero de 2002, expediente AG-002, y de 13 de abril de 2005, expediente 14.066.

²⁰ Sobre esta clase de autonomía ha expresado la jurisprudencia constitucional: “La autonomía patrimonial implica que podrá integrar y disponer de sus propios activos, en moneda nacional y extranjera, los cuales contabilizará en sus estados financieros para que exista unidad en el manejo de sus recursos, en la obtención de las utilidades y en la destinación de las mismas” (Corte Constitucional, sentencia C-050 de 1994). Así mismo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de abril de 2006, expediente 14.378.

²¹ Véase, Corte Constitucional, sentencia C-529 de 1993. Igualmente, pueden verse las sentencias C-469 de 1995 y C-566 de 2000.

²² Corte Constitucional, sentencia C-050 de 1994. Sobre la amplitud de la autonomía técnica del Banco de la República, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 22 de junio de 2001, expediente 10.164; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de octubre de 2001, expediente 11.151, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, expediente AP-1856.

Es decir, que la autonomía técnica se refiere a que en el desarrollo de sus funciones constitucionalmente consagradas, el Banco de la República puede adoptar las decisiones que considere más convenientes sin depender de la voluntad de ningún otro órgano del Estado y, especialmente, del querer del Gobierno Nacional.

La Corte Constitucional ha explicado estas formas de autonomía del Banco, patrimonial, técnica y funcional, en los siguientes términos:

Una autonomía patrimonial, que concierne a la libertad e independencia para administrar y afectar su propio patrimonio, mediante la ejecución de los actos jurídicos y materiales relativos al cumplimiento de sus funciones.

Una autonomía técnica, referida al señalamiento del conjunto de métodos, procedimientos y mecanismos específicamente diseñados, relativos a las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria y el destino de sus excedentes, y el cumplimiento de sus funciones básicas, como también a la libertad y capacidad de actuar en dichos campos, sin la injerencia de otras autoridades.

Una autonomía funcional, atinente al ejercicio de las competencias específicas de que ha sido investido por la Constitución y la ley para el cumplimiento de las funciones especializadas que le fueron asignadas²³.

B. Los límites a la autonomía del Banco de la República

No obstante esa amplia autonomía que en materia de organización y funcionamiento se le reconoce jurisprudencialmente al Banco de la República, debe hacerse notar que la misma jurisprudencia ha reconocido la existencia de límites precisos al ejercicio de dicha autonomía.

Así, la jurisprudencia ha reconocido que la primera limitación a la autonomía aparece como consecuencia del mecanismo de conformación de la junta directiva del Banco de la República, señalado en el artículo 372 de la Constitución Política, el cual permite que sea el presidente de la república quien directa o indirectamente designe a sus miembros, de donde resulta limitada de cierta manera la autonomía por las posibles influencias del Gobierno Nacional. En este sentido, expresó la Corte Constitucional:

...cabe indicar que desde el punto de vista orgánico, la autonomía diseñada para el Banco recibe variadas mediatizaciones derivadas del origen de los integrantes de sus órganos de dirección, pues aunque éstos estén sujetos a periodo (lo cual es garantía frente a inconsultos cambios) es lo cierto que el Presidente de la Junta

²³ Corte Constitucional, sentencia C-341 de 1996. En igual sentido, pueden verse las sentencias C-389 de 1994, C-481 de 1999, C-208 de 2000, C-827 de 2001, C-719 de 2004 y C-354 de 2006.

Directiva y miembro ex officio es el Ministro de Hacienda y Crédito Público y que el Presidente de la República nombra a los otros cinco miembros y participa, a través del Ministro de Hacienda -miembro y Presidente de la Junta- en la escogencia del Gerente del Banco, a su vez miembro de la Junta Directiva²⁴.

Además, a pesar de la amplia autonomía funcional que se le reconoce al Banco de la República, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que de acuerdo con los artículos 371 y 372 de la Constitución, dicha entidad debe desempeñar sus funciones, en “coordinación con la política económica general” y de conformidad con la ley que dicte el Congreso, a la cual deben ceñirse las actuaciones del Banco. Es decir, que la autonomía funcional del Banco encuentra límites en la política económica general y en las reglas señaladas por la ley²⁵.

Lo anterior implica, entonces, que si bien la jurisprudencia reconoce que el Banco de la República es un organismo con una especial autonomía e independencia, ello no significa que se ubique por fuera del Estado ni que se haya consagrado una independencia absoluta de esta entidad, sino que, por el contrario, debe actuar en coordinación con los demás órganos que ejercen funciones estatales, “lo cual no desconoce su especial autonomía, que se garantiza con la no intromisión de los demás órganos en las competencias del Banco”²⁶.

Específicamente en relación con la idea de que el Banco de la República debe desempeñar sus funciones en “coordinación con la política económica general”, la Corte Constitucional ha explicado que el Banco no puede actuar al margen de las estrategias y orientaciones generales de la política económica incorporadas en el Plan Nacional de Desarrollo²⁷. Para la jurisprudencia, además de la autonomía, el mandato de coordinación con otras autoridades económicas y especialmente el gobierno, es fundamental y es un elemento esencial de la configuración constitucional del Banco, con la misma importancia

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-827 de 2001

²⁵ Así, “la autonomía del Banco se manifiesta de diversas maneras, entre las cuales se destaca la de decisión en las materias expresamente reservadas al cuidado del Banco”. Pero esta autonomía no implica la existencia de una independencia absoluta, pues sus funciones “se desarrollarán en coordinación con la política económica general (artículo 371 C.N.) y que la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia que al Banco ha sido conferida deberá ejercitarse conforme a las funciones que le asigne la ley (artículo 372)” (Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1994).

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-050 de 1994. En este sentido, la jurisprudencia ha expresado: “Empero la autonomía, según orientación constante de esta Corporación, dentro de un Estado unitario (condición que no solo cabe predicar de las relaciones Nación - entidades territoriales, sino de todos los elementos institucionales que integran el Estado) no es absoluta sino relativa y debe ejercitarse bajo el imperativo de la unidad y de los principios y reglas operativos de la descentralización y la desconcentración, en consonancia con las de la competencia y la coordinación” (Corte Constitucional, sentencia C-827 de 2001).

²⁷ Véase Corte Constitucional, sentencia C-021 de 1994.

que la propia autonomía²⁸. Igualmente, frente a este deber de coordinación, ha precisado la Corte:

...el mandato de coordinación con la política económica general que recae sobre el Banco de la República tiene una contrapartida, y es la siguiente: las otras autoridades económicas, y en especial el gobierno, en ejercicio de sus funciones, tampoco pueden ser indiferentes frente a la defensa del poder adquisitivo de la moneda [y] la coordinación de las funciones a cargo del Ejecutivo y del Banco, no debe entenderse como la imposición de una colaboración con determinada política económica de un gobierno, sino como la búsqueda de coherencia y cooperación entre las autoridades económicas en el desarrollo de la política económica del Estado²⁹.

A su vez, otro límite constitucionalmente impuesto a la autonomía de gestión del Banco de la República se refiere a que dicha entidad debe ceñirse a las reglas fijadas por el Congreso y, en ciertos aspectos, por el Gobierno Nacional. Es decir, para la Corte Constitucional, de acuerdo con las normas constitucionales es evidente que el Banco no actúa de manera independiente en forma absoluta, sino que se encuentra sometido a los parámetros constitucionales y legales sobre el particular.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el hecho de que el Congreso pueda fijar reglas para el desempeño de las funciones por parte del Banco no significa que puede sustituirlo en la adopción de las decisiones que le competen, pues ello implicaría una violación a la autonomía funcional constitucionalmente consagrada, de tal manera que el Banco debe dar cabal cumplimiento a las directrices que por “vía general y abstracta” fije el legislador, quien no podrá, en todo caso, asumir “en concreto las atribuciones reguladoras de la moneda o el crédito”³⁰. Es decir, que la regulación legislativa, que se ejerce a través de leyes ordinarias, debe limitarse a fijar un marco para la actuación del Banco, marco dentro del cual éste pueda adoptar las decisiones que le competen con cierto grado de autonomía³¹.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha fijado las siguientes reglas para el sometimiento del Banco de la República a la ley:

Si bien el Legislador tiene plena competencia para regular las funciones de la Junta del Banco de la República, que no escapa al principio de legalidad, sin embargo la ley no puede establecer regulaciones que (i) invadan el contenido esencial de la autonomía de la Junta, o que obliguen a la Junta a adoptar

²⁸ Véase Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2000.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1999.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1994.

³¹ Véanse Corte Constitucional, sentencias C-432 de 1998, C-955 de 2000, C-827 de 2001, C-719 de 2004 y C-354 de 2006.

decisiones que (ii) imposibiliten el mandato de coordinación entre esa entidad y las otras autoridades económicas, o (iii) que desconozcan el contenido social del Estado colombiano y las finalidades de su intervención en la economía³².

Además, en cuanto hace a la función de regulación cambiaria, la Corte Constitucional ha señalado que el Banco de la República no sólo se encuentra sometido a las decisiones del legislador, sino que debe desempeñar dicha función en concordancia con las reglas que fije el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley marco que sobre el particular expida el Congreso³³. Así mismo, el Consejo de Estado ha precisado que el ejercicio de las funciones por parte del Banco de la República, si bien debe realizarse en un marco de autonomía, debe también respetar el interés general como lo debe hacer cualquier otro órgano del Estado en sus actuaciones³⁴.

Finalmente, debe señalarse que la jurisprudencia ha expresado que como el Banco de la República no goza de independencia y autonomía absolutas sino relativas, sus funciones deben ser ejercidas en los términos de la Constitución y la ley, de donde se deriva que deben existir controles a la actividad del Banco, como los de legalidad, político, disciplinario y de gestión fiscal.

Al respecto, señaló la Corte Constitucional:

El Banco de la República está sujeto a diferentes tipos de control: de legalidad, en la medida en que sus actos son de carácter administrativo y, por ende, pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 237 C.P.); a un control político, en los términos que establece el artículo 371 de la Carta; a un control disciplinario, a cargo de la Procuraduría General de la Nación, respecto de los servidores públicos; y a un control fiscal, por parte de la Contraloría General, en aquellos eventos en los que el Banco cumple actividades de gestión fiscal (art. 268 C.P.)³⁵.

³² Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1999. Así mismo, ha expresado la jurisprudencia: “En resumen, para la Sala resultan lesivas de esa autonomía del Banco de la República los mandatos que desarrollan en forma puntual y concreta las funciones cambiarias, monetarias y crediticias del Banco, o que regulen específicamente casos particulares referidos a dichas funciones, porque en esas circunstancias el legislador sustituye la voluntad de la Junta Directiva del Banco y asume, en su lugar, el manejo de las políticas que la Constitución le ha atribuido específicamente a ésta” (Corte Constitucional, sentencia C-208 de 2000). En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de abril de 2006, expediente 14.378.

³³ Véanse Corte Constitucional, sentencias C-021 de 1994 y C-343 de 2006, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de julio de 2001, expediente 6.809.

³⁴ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, expediente AP-1856.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-566 de 2000.

Además, la jurisprudencia ha señalado que el Banco está igualmente sometido a la inspección, vigilancia y control del presidente respecto de su actividad bancaria³⁶.

Como resumen de la posición de la jurisprudencia colombiana en materia de autonomía del Banco de la República y sus límites, puede citarse el siguiente extracto de la Corte Constitucional:

La peculiaridad del diseño constitucional colombiano puede entonces ser resumida así: si bien la Junta del Banco de la República es autónoma y tiene como finalidad básica preservar la moneda sana (CP arts 371 y 373), sin embargo esta autonomía tiene límites formales -su sujeción a la ley (CP art 150 ords 13, 19 y 22 y art. 372)- y materiales: sus funciones deben ejercerse en coordinación con la política económica general (CP arts 113 y 371) y sus actuaciones, como las de los demás órganos del Estado, deben propender a la realización de los valores del Estado social de derecho (CP arts 1º y 2º) y a la materialización de los fines propios de la intervención del Estado en la economía (CP art. 334)³⁷.

III. La independencia o autonomía de la Comisión Nacional de Televisión

Como lo expresamos en la introducción, el otro organismo de regulación de origen constitucional es la Comisión Nacional de Televisión. Dicho organismo tiene su fundamento en los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, y en el desarrollo que de ellos hizo la Ley 182 de 1995.

Las normas constitucionales citadas señalan que la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la dirección de la política que en materia de televisión señale la ley, se encuentran a cargo de una “entidad autónoma del orden nacional”, “organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”.

A su vez, la Ley 182 de 1995, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, en el artículo 3º precisó que “el organismo al que se refieren los artículos 76 y 77 de la Constitución Política se denominará: Comisión Nacional de Televisión (CNTV). Dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos”.

³⁶ Al respecto, puede verse Corte Constitucional, sentencias C-529 de 1993, C-469 de 1995, C-341 de 1996 y C-827 de 2001.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1999.

Frente a este organismo, la jurisprudencia ha adoptado una posición similar a la expuesta en relación con el Banco de la República. En este sentido, ha señalado que a la Comisión Nacional de Televisión la Constitución le reconoce autonomía, tanto desde el punto de vista orgánico como desde la perspectiva funcional, autonomía que es superior a la reconocida a las entidades descentralizadas tradicionales. No obstante, también ha precisado que dicha autonomía no es absoluta, sino que se encuentra limitada por diversas disposiciones constitucionales.

A. Las expresiones de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión

La jurisprudencia ha partido de la idea de que la autonomía que se reconoce constitucionalmente a la Comisión Nacional de Televisión se basa, de una parte, en que el desarrollo de sus funciones debe hacerse de forma independiente en relación con el “gobierno de turno” y, de otra, en la importancia que tiene actualmente la televisión como medio de comunicación para el fortalecimiento de la democracia, por lo cual debe evitarse que dicho medio sea capturado por una posición política particular o por los intereses de un grupo económico³⁸.

En este sentido ha expresado la Corte Constitucional que la autonomía:

...está orientada a proteger su independencia en el ejercicio de sus funciones en materia de televisión, de manera que su triple dimensión (administrativa, patrimonial y técnica) no se justifica por sí misma, sino que encuentra fundamento en la necesidad de garantizar que la gestión de ese sistema de difusión, como bien público de primer orden, se pueda hacer de acuerdo con la ley y libre del control e injerencia del Gobierno y de los grupos de interés³⁹.

En concordancia con lo anterior y dadas las especiales características de la televisión como medio de influencia en la sociedad, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que el reconocimiento de autonomía para la Comisión Nacional de Televisión no se queda en un “simple rasgo fisonómico sino que se erige como un auténtico derecho social que garantiza que la

³⁸ Véanse Corte Constitucional, sentencias C-497 de 1995, C-564 de 1995, C-310 de 1996, C-711 de 1996, C-350 de 1997, C-445 de 1997, C-010 de 2002, C-351 de 2004 y C-1001 de 2007.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-532 de 2006. En similar sentido, ha dicho la jurisprudencia: “La autonomía del ente televisivo, en suma, asume el carácter de garantía funcional e institucional del conjunto de derechos y libertades fundamentales relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático, la formación de una opinión pública libre, la fluidez y profundidad de los procesos comunicativos sociales, la creación, intercambio y divulgación de ideas, la conservación de las diferentes identidades culturales etc.” (Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1995).

televisión no será manejada bajo el capricho de un sector político o de un interés económico”⁴⁰.

A su vez, desde el punto de vista orgánico, la autonomía constitucionalmente reconocida significa para la jurisprudencia que si bien la Comisión se encuentra dentro de la estructura del Estado, ella no pertenece a ninguna de las ramas del poder público, sino que se trata de un “órgano autónomo e independiente”⁴¹, en el sentido de aquellos calificados así por el artículo 113 de la Constitución Política y, además, que es una “autoridad administrativa independiente”⁴². No obstante lo anterior, debe señalarse que en diversas oportunidades la Corte Constitucional, al mismo tiempo que ha expresado lo anterior, ha calificado a la Comisión Nacional de Televisión como un “órgano administrativo”⁴³.

Ahora bien, como consecuencia de de la calificación de “órgano autónomo e independiente”, la jurisprudencia ha concluido que “la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión implica que no puede homologarse a una entidad descentralizada, de forma que, entre otros aspectos, estará liberada del control administrativo que ejerce el Ejecutivo sobre sus entidades adscritas o vinculadas”⁴⁴ y que “la Comisión Nacional de Televisión es una entidad

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencias C-1001 de 2007. Así mismo, ha dicho la jurisprudencia constitucional que el constituyente quiso “garantizar el ejercicio de un derecho de carácter social, que surge de la necesidad de que el manejo y administración de ese servicio público, sea ajeno a la interferencia de los poderes públicos constituidos y utilizado por éstos para quebrantar los principios en los que se sustenta una democracia que reivindica como sus principios rectores, entre otros, los de igualdad, autonomía y participación, y en cambio, imponer que tales funciones las asuma la sociedad a través de un organismo autónomo, conformado por representantes de los distintos sectores” (Corte Constitucional, sentencia C-1044 de 2000). En igual sentido, pueden verse las sentencias C-497 de 1995 y C-564 de 1995.

⁴¹ En este sentido ha dicho la jurisprudencia constitucional en relación con la Comisión Nacional Televisión: “Ese organismo, que corresponde a la categoría a la que se refiere el inciso segundo del artículo 113 de la C.P., es autónomo e independiente, y su autonomía, como lo ha señalado esta Corporación, no es un simple rasgo fisonómico propio de una entidad descentralizada” (Corte Constitucional, sentencia C-1044 de 2000). Igualmente, puede verse Corte Constitucional, sentencias C-497 de 1995, C-564 de 1995, C-310 de 1996, C-711 de 1996, C-350 de 1997, C-445 de 1997, C-010 de 2002, C-351 de 2004 y C-1001 de 2007, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2001, expediente 5.908.

⁴² Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16.230: “En definitiva, la Comisión Nacional de Televisión es un órgano autónomo e independiente de las tres Ramas clásicas del Poder Público, delineado por el Constituyente de 1991 a semejanza de las agencias reguladoras independientes estadounidenses o de las autoridades administrativas independientes europeas, con el propósito de garantizar su ‘neutralidad’ política de cara al manejo de la televisión en Colombia bajo parámetros de pluralismo, de igualdad para el acceso a los medios de información y de gestión de los mismos con miras a garantizar la efectividad del derecho a la cultura de los ciudadanos, órgano cuya autonomía va mucho más allá –y, por tanto, es cualitativamente diferente– de la reconocida a las entidades descentralizadas por servicios”.

⁴³ Véanse Corte Constitucional, sentencias C-445 de 1997 y C-329 de 2000.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-532 de 2006.

nacional autónoma, que no se puede asimilar a una entidad descentralizada y que goza de autonomía patrimonial”⁴⁵.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho que el hecho de designar a la Comisión Nacional de Televisión como un “órgano autónomo e independiente”,

...hace que no puedan estar subordinada a las determinaciones de otros órganos o entidades del Estado, en relación con el ejercicio de sus funciones, ni sujeta a la jerarquía tradicional propia de la estructura de la administración pública, en una especie de control de tutela administrativo y, por lo tanto, no está adscrita, ni vinculada a entidades del sector central, de tal manera que sus decisiones no se encuentran sometidas a instrucciones de órganos administrativos superiores, ni controladas o revocadas por autoridad administrativa alguna⁴⁶.

Concordantemente con lo anterior, desde una perspectiva funcional, con base en las normas constitucionales y legales citadas, que fundamentan la existencia de la Comisión, la jurisprudencia ha considerado que una de las características más importantes desde el punto de vista constitucional de la Comisión Nacional de Televisión es precisamente que debe desarrollar sus actividades con autonomía, esto es, sin la injerencia o, como lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, “sin intromisiones e influencias” de otros poderes públicos o de sectores económicos interesados en el manejo de la televisión⁴⁷.

En particular, en cuanto a la autonomía patrimonial, la jurisprudencia ha señalado que ella implica la posibilidad que tiene la Comisión Nacional de Televisión de “disponer sin interferencias de sus propios recursos, lo que se refleja en la obtención de utilidades y en la específica destinación de las mismas para el logro de los fines constitucionales y legales”⁴⁸, es decir, de manejar sus recursos de la manera que considere más adecuada para el cumplimiento de sus funciones y fines.

Una expresión final de la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión se encuentra en el reconocimiento de ésta como autoridad de regulación de la televisión. En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido que en este aspecto no resultan válidas las reglamentaciones por parte del presidente de la república o de cualquier otra autoridad, sino que la Comisión es quien ostenta

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-560 de 2001.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997.

⁴⁷ Véanse Corte Constitucional, sentencias C-497 de 1995, C-564 de 1995, C-310 de 1996, C-711 de 1996, C-350 de 1997, C-445 de 1997, C-010 de 2002, C-351 de 2004 y C-1001 de 2007. Igualmente, puede verse Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos de 1º de octubre de 1999, radicación 1.224, y 11 de abril de 2002, radicación 1.412.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-560 de 2001.

la potestad de regulación. Sin embargo, se trata de una potestad sometida a los límites fijados por la Constitución y por el legislador, como lo veremos más adelante⁴⁹.

B. Los límites a la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión

No obstante el reconocimiento de autonomía en un sentido muy amplio, la jurisprudencia también ha señalado que ello no significa que la Comisión Nacional de Televisión pueda actuar con absoluta independencia, sin tener relación alguna con los poderes públicos. En este sentido, la jurisprudencia ha expresado que “la Comisión es un organismo integrado a la estructura administrativa del Estado que desempeña sus funciones sujeta a la voluntad de la Ley, nunca fuera de ella”⁵⁰, por lo cual la autonomía que se le reconoce comprende una regulación legal propia y “la posibilidad de ejercer una dirección de sus propios destinos, con responsabilidad suficiente, encontrándose sujeto al control fiscal, político y judicial de los órganos constitucionalmente establecidos para ejercerlo”⁵¹.

En desarrollo de lo anterior, el primer límite que aparece a la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión y al hecho de que sea considerada como un “órgano autónomo e independiente”, consiste en que la jurisprudencia ha señalado que, en determinados aspectos y dependiendo de la voluntad del legislador, es posible aplicar a dicha entidad normas generales de organización propias de las entidades de la rama ejecutiva del poder público, como lo son

⁴⁹ En relación con esta expresión de la autonomía funcional de la Comisión Nacional de Televisión, debe hacerse notar que la Corte Constitucional, en sentencia C-445 de 1997, declaró inexecutable una norma en la cual se obligaba a que ciertas competencias fueran desarrolladas “previo visto bueno del Ministerio de Comunicaciones”, por considerar que dicho visto bueno implica un desconocimiento de la autonomía en la regulación de la televisión que ostenta la Comisión. En otra ocasión, la Corte Constitucional, en sentencia C-351 de 2004, declaró inconstitucional una disposición legal en la cual se sometió el valor de la contraprestación que deben pagar ciertos concesionarios del servicio de televisión a las tarifas fijadas por el Gobierno Nacional, por cuanto ello implicaba el desconocimiento de la autonomía en materia de regulación de la Comisión. Sobre esta potestad de regulación, también pueden leerse las sentencias C-917 de 2002 y C-1001 de 2007, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, expediente 23.410.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-351 de 2004. Al respecto, ha dicho también la jurisprudencia: “En términos negativos, la autonomía, como rasgo funcional del ente televisivo, (i) no le otorga el carácter de órgano superior del Estado, en cuanto no formula discrecionalmente la política del Estado en este sector, sino que ejecuta la que sobre el particular determine la ley (C.P., art. 77)-; (ii) no le concede un ámbito ilimitado de competencias, ya que toda entidad pública, como perteneciente a un Estado de derecho, está sujeta a límites y restricciones, y ejerce sus funciones dentro del campo prefigurado por la Constitución y la ley” (Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1995).

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997.

aquellas relacionadas con el régimen general de la carrera administrativa⁵²; con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones⁵³, y con la edad de retiro forzoso de los miembros de su junta directiva⁵⁴.

En otras palabras y, como lo ha dicho la jurisprudencia, a pesar de que la Constitución reconozca autonomía a la Comisión Nacional de Televisión, “en el caso de su organización administrativa, no podrá reclamar para sí una facultad normativa desligada de la ley y no sujeta a los límites naturales de la función pública”⁵⁵, de tal manera que el régimen propio en materia de organización y de funcionamiento es aquél fijado en la ley, con excepción de los aspectos particulares señalados directamente en la Constitución. En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional

...de conformidad con los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, corresponde a la ley reglamentar el servicio de televisión, quedando facultada no sólo para conformar el organismo a través del cual se van a desarrollar las políticas del Estado en esta materia, sino, además, para reglamentar el ejercicio de sus funciones de manera que la propia ley fije los parámetros bajo los cuales debe operar dicha entidad⁵⁶.

⁵² Véase Corte Constitucional, sentencia C-560 de 2001, en la cual la Corte concluyó que no existe constitucionalmente previsto un régimen especial de carrera administrativa para los servidores de la Comisión Nacional de Televisión y que dichos servidores se someterían al régimen señalado por la ley, de tal manera que dicho régimen podría ser especial o podría ser el mismo de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público, como lo es el régimen general de carrera administrativa, según lo que determine el legislador.

⁵³ Véanse Corte Constitucional, sentencias C-1044 de 2000, C-1172 de 2005 y C-1001 de 2007, en las cuales la Corte concluyó que bien podía la ley señalar que los servidores de la Comisión Nacional de Televisión son empleados públicos y, por lo mismo, se encuentran sometidos al mismo régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones propio de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público.

⁵⁴ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 25 de enero de 2002, expediente 2.561, en la cual se anuló la elección de un miembro de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión porque al momento de la elección había superado la edad de retiro forzosa prevista por la ley para los empleados de la rama ejecutiva del poder público.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-560 de 2001. En igual sentido, véanse Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de enero de 1997, radicación 936; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2001, expediente 5.908, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16.230.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-310 de 1996. Igualmente ha dicho la jurisprudencia: “al consagrarse constitucionalmente el ente rector de la televisión como un organismo de derecho público, con autonomía jurídica, administrativa, patrimonial y técnica, el cual ha sido denominado Comisión Nacional de Televisión -CNTV- en virtud de los desarrollos legislativos -Ley 182 de 1995-, supone que mantiene una autonomía orgánica y funcional en relación con el Gobierno, mientras que frente al Congreso de la República aquella se reduce al aspecto meramente orgánico, en la medida en que el ejercicio de sus funciones son desarrolladas por el legislador, con las limitaciones pertinentes” (Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997).

En esta materia de autonomía orgánica, debe hacerse notar que a diferencia de lo que ocurre con el Banco de la República, respecto del cual la Constitución prevé que sea el Gobierno Nacional quien elija a la totalidad de los miembros de su junta directiva, en el caso de la Comisión Nacional de Televisión, de conformidad con el artículo 77 de la Constitución Política, sólo una parte de los miembros es elegido por el Gobierno, mientras que los demás deben serlo por los destinatarios principales de su regulación⁵⁷, sin que le sea permitido al Congreso elegir a ninguno⁵⁸, de tal manera que si bien en el mecanismo de elección de la junta directiva aparecen ciertos límites a la autonomía, dichas limitaciones son menos rigurosas que en el caso del Banco de la República.

Además, la jurisprudencia ha resaltado que, como se desprende de las normas constitucionales que reconocen su existencia, la Comisión Nacional de Televisión es una ejecutora de las políticas públicas que en materia de televisión fije el legislador, por lo cual, su autonomía se limita por las normas en las cuales el legislador fije las citadas políticas. Así, el Congreso “señala la política determinando las prioridades y señalando los principios y lineamientos generales”; en cambio, la Comisión “desarrolla y ejecuta los planes y programas del Estado, dirige la política y ejerce la intervención estatal en el espectro electromagnético, ostentando, adicionalmente, capacidad normativa (C.P., art. 77, inc. 2o.). para determinar lo necesario en materia de esa dirección de política y de la ejecución de los planes y programas en el sector”⁵⁹.

En este sentido, ha expresado el Consejo de Estado:

La Comisión Nacional de Televisión no expide reglamentos constitucionales autónomos, como quiera que, por virtud de lo normado en el artículo 77 constitucional, **la política en materia de televisión debe ser fijada por el legislador** y es precisamente dicha política cuya dirección concierne llevar a cabo a la CNTV, **por manera que este órgano autónomo e independiente despliega sus actividades de dirección y regulatorias atendiendo a**

⁵⁷ Según el artículo 1º de la Ley 335 de 1996, la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión está compuesta por cinco miembros, dos de ellos elegidos por el Gobierno Nacional; uno entre los representantes legales de los canales regionales de televisión; uno de las asociaciones profesionales y sindicales legalmente constituidas y reconocidas con personerías jurídicas vigentes por los siguientes gremios que participan en la realización de la televisión: actores, directores y libretistas, productores, técnicos, periodistas y críticos de televisión, y uno por las ligas y asociaciones de padres de familia, ligas de asociaciones de televidentes, facultades de educación y de comunicación social de las universidades.

⁵⁸ Véase Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1995.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997. En igual sentido, véanse Corte Constitucional, sentencias C-497 de 1995, C-564 de 1995, C-711 de 1996, C-350 de 1997, C-200 de 1998, C-351 de 2004, C-1172 de 2005 y C-1001 de 2007.

los parámetros y criterios generales que señala la ley, no en desarrollo directo de la Constitución Política⁶⁰.
(Negrillas originales del texto).

De otra parte, la limitación a la amplia autonomía funcional se refleja en el otro grupo de competencias otorgadas a la Comisión, esto es, aquellas relacionadas con la intervención del Estado en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado repetidamente que el hecho de que el espectro electromagnético no solo sea explotado para la prestación del servicio de televisión, sino que el mismo es utilizado para otra clase de servicios y actividades de telecomunicaciones, la Comisión debe realizar sus tareas en coordinación con el ente público que administra el espectro electromagnético en relación con esos otros servicios y actividades de telecomunicaciones, como lo es el Ministerio de Comunicaciones.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que la creación de la Comisión Nacional de Televisión por parte de la Constitución,

...en ningún momento pretendió aislar la entidad de otros órganos del Estado que por naturaleza manejan la política del servicio de telecomunicaciones a nivel general, como lo es, en primer término el Ministerio de Comunicaciones, más aún, cuando las funciones de gestión y control del espectro electromagnético asignado por la Constitución Política al Estado, la ejerce también el Ministerio de Comunicaciones⁶¹.

Esa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones resulta fundamental, toda vez que a éste corresponde “el manejo de la política del servicio público de las telecomunicaciones a nivel general”, mientras que la Comisión Nacional de Televisión “tiene a su cargo la dirección y ejecución de la política que para el servicio de televisión determine el Congreso”, por lo cual debe coordinarse adecuadamente el manejo de la política de telecomunicaciones por las instancias que constitucionalmente tienen a su cargo dicho manejo, a través de instrumentos como la presencia –no la pertenencia– del Ministro de Comunicaciones o su delegado en la Junta Directiva de la Comisión, con lo cual se asegura que existe comunicaciones entre las entidades del Estado que administran el espectro electromagnético⁶².

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16.230. En sentido similar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 27 de julio de 2004, expediente 2000-0659.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-310 de 1996. En este sentido, pueden verse también Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997, C-298 de 1999, C-333 de 1999 y C-329 de 2000.

⁶² Véase Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997.

Ahora bien, en virtud de la particular autonomía funcional que se le reconoce en la Constitución a la Comisión Nacional de Televisión, esta coordinación no puede significar nunca una intromisión por parte del Gobierno Nacional en el cumplimiento de las funciones por parte de la Comisión, sino que, como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dicha coordinación debe realizarse en términos estrictamente técnicos, respetando la distribución de competencias. De esta manera, resulta válido que el legislador establezca que las decisiones deben ser adoptadas en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, pero no con su visto bueno previo⁶³.

IV. La independencia o autonomía de las comisiones de regulación

Como lo expresamos en la introducción, en el derecho colombiano las agencias de regulación de creación legal son, de una parte, las comisiones de regulación de servicios públicos (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT) y, de otra, la Comisión de Regulación en Salud – CRES.

En relación con las primeras, debe señalarse que el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 las creó “como unidades administrativas especiales con independencia administrativa, técnica y patrimonial”, adscritas a los Ministerios de Desarrollo (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), de Minas y Energía y de Comunicaciones, respectivamente.

A su vez, el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007 creó la Comisión de Regulación en Salud – CRES “como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social”.

Con base en esa adscripción de las comisiones de regulación a los ministerios, establecida por el legislador, la jurisprudencia ha podido afirmar que las mismas, a diferencia de lo que ocurre con las agencias de regulación de creación constitucional, “hacen parte de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), e integran la administración pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas -como se verá más adelante- (artículo 39 *ibídem*)”⁶⁴.

⁶³ Sobre el carácter “estrictamente técnico” de la coordinación, pueden verse las sentencias C-310 de 1996 y C-445 de 1997.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000. Igualmente, en relación con las comisiones de regulación de servicios públicos, véase Corte Constitucional, sentencias C-150 de 2003, C-1120 de 2005 y C-395 de 2006. En cuanto a la Comisión de Regulación en Salud, idéntica conclusión es

Además, la Corte Constitucional ha resaltado que la creación de dichos organismos por parte del legislador es perfectamente posible, toda vez que los artículos 48, 150-7, 211 y 367 de la Constitución, si bien no ordenan la creación de esta clase de agencias, sí la permiten, de tal manera que es voluntad del legislador su creación⁶⁵.

De esta manera, para la jurisprudencia es claro que la autonomía orgánica de la que gozan los organismos de regulación de creación constitucional (Banco de la República y Comisión Nacional de Televisión) no resulta predicable de las comisiones de regulación, toda vez que las mismas, al pertenecer a la rama ejecutiva del poder público y a la administración pública, también se encuentran sometidas de cierta manera al control de tutela aplicable a las entidades descentralizadas⁶⁶.

Ahora bien, la jurisprudencia ha resaltado que no obstante pertenecer a la rama ejecutiva del poder público y a la administración pública, dichas comisiones, como órganos de regulación que son, fueron creados “con independencia administrativa, técnica y patrimonial”⁶⁷. Esa independencia con la cual fueron creadas permite garantizar que ellas actuarán buscando como finalidad la promoción de la competencia, la protección del mercado y la prestación eficiente en materia de servicios públicos⁶⁸.

expuesta por la Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2007. En relación con este tema, véanse Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 9 de marzo de 1995, radicación 673; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de julio de 2003, expediente 2003-0821, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 2 de agosto de 2007, expediente 15.131.

⁶⁵ Véase, Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998. En particular, en relación con la CRES, ha dicho la jurisprudencia: “De todo lo anterior se desprende que la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y la asignación a la misma de funciones de *regulación* del servicio público de salud debe tenerse como un simple ejercicio de la atribución constitucional otorgada al legislador” (Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2007).

⁶⁶ Véase Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003: “No obstante, como se puede apreciar con esta breve descripción del régimen legal, las comisiones de regulación creadas por la ley gozan de independencia, pero ésta es menos amplia y sólida que la autonomía de los órganos constitucionales”.

⁶⁷ Aunque la afirmación parece resultar válida únicamente para la comisiones de regulación de servicios públicos, pues la Comisión de Regulación en Salud – CRES fue creada con “autonomía administrativa, técnica y patrimonial”, debe entenderse que en este contexto los conceptos de “independencia” y “autonomía” resultan ser sinónimos en el sentido de referirse a la posibilidad que tienen estas entidades de actuar con un cierto grado de libertad frente al Gobierno Nacional. Al respecto, véase el literal A del punto V de este escrito.

⁶⁸ En este sentido, ha expresado la jurisprudencia: “La independencia de las comisiones de regulación tiene fundamento constitucional y es configurada por el legislador para que las actuaciones de éstas respondan a las necesidades propias del sector regulado, de acuerdo con los fines señalados en la Constitución y los parámetros establecidos en la ley, y no a las presiones políticas, los motivos coyunturales, el acceso privilegiado de algunas fuerzas a los procesos decisorios, la captura del regulador por el regulado, entre otras contingencias que impiden que el órgano regulador actúe en aras del interés general con miras a proteger los derechos de

Cont.

A su vez, la jurisprudencia ha señalado que esa independencia se refleja en diversos aspectos:

Así pues, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación (i) son órganos colegiados; (ii) tienen un carácter técnico y especializado; (iii) cuentan con independencia patrimonial; (iv) sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (v) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades⁶⁹.

De acuerdo con lo anterior, la primera de las manifestaciones de la independencia de las comisiones de regulación se encuentra en el carácter colegiado de las mismas, lo cual, según la jurisprudencia citada, “permite que haya un adecuado equilibrio entre las posiciones de los diferentes comisionados, que se contemplen diversos argumentos y se ponderen de acuerdo con varias perspectivas, que haya mayor dificultad para ejercer presiones debido al número plural de personas responsables de la toma de las decisiones, y que las comisiones ejerzan en tanto que corporaciones, el control sobre sus miembros”. No obstante, también ha expresado la jurisprudencia que a pesar de ser organismos colegiados, ello no significa que no exista ninguna clase de injerencia por parte del Gobierno Nacional, pues de acuerdo con la forma en que fueron creadas es el titular de la cartera a la cual se encuentran adscritas quien las preside⁷⁰.

Aunque la jurisprudencia no se haya referido aún de manera expresa a la Comisión de Regulación en Salud – CRES, esta expresión jurisprudencial de la independencia de los organismos legales de regulación le es perfectamente aplicable, toda vez que según el artículo 4º de la Ley 1122 de 2007, la CRES se encuentra conformada por el Ministro de la Protección Social (quien la preside), el Ministro de Hacienda y Crédito Público y por cinco comisionados expertos, es decir, tiene una composición plural.

El segundo aspecto que se deriva de su independencia es el hecho de que el desempeño de las funciones debe realizarse con un carácter técnico y especializado y no con una perspectiva política, con lo cual “el legislador

los usuarios y asegurar la continuidad y calidad del servicio público correspondiente” (Corte Constitucional, sentencias C-1120 de 2005 y C-396 de 2006). Sobre este tema, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de julio de 1995, expediente 3.072.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

⁷⁰ Véase Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998: “Así, es cierto que en esas comisiones, a pesar de ser unas unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, se encuentran sujetas a una importante injerencia presidencial ya que el ministro del ramo las preside”. En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 9 de marzo de 1995, radicación 673.

buscó que éstas estuvieran fundadas sobre parámetros objetivos, adoptados después de procesos cuidadosos de deliberación, con argumentos de orden especializado y orientados a alcanzar los objetivos de interés general trazados en la ley que fijó el régimen de dichos servicios”⁷¹. Frente a esta manifestación, debe hacerse notar que la jurisprudencia también ha expresado que la decisión de que el órgano de regulación de los servicios públicos tenga un carácter técnico depende exclusivamente del legislador, pues a diferencia de lo que ocurre con la regulación monetaria, cambiaria y crediticia, y de la regulación en materia de televisión, respecto de los servicios públicos nada dispuso la Constitución⁷².

Igualmente, en cuanto hace a este segundo aspecto, aunque la jurisprudencia no lo ha expuesto en relación con la CRES, no cabe duda de que las consideraciones citadas resultan perfectamente aplicables, de una parte, porque según el artículo 3° de la Ley 1122 de 2007, dicha entidad fue creada con autonomía técnica y, de otra, porque la misma tampoco aparece mencionada en la Constitución Política.

A su vez, la tercera expresión de la independencia de estos organismos de regulación se refiere a su manejo patrimonial, en el sentido de que la ley señala para las comisiones de regulación un mecanismo de financiación y sostenibilidad que es relativamente independiente de las fuentes ordinarias de recursos manejadas por el presidente de la república⁷³.

Al igual de lo que ocurre con las anteriores expresiones de independencia de las comisiones de regulación, debe señalarse que la situación también se aplica a la CRES, en la medida en que, según el artículo 8° de la Ley 1122 de 2007, el funcionamiento de la CRES se financia con recursos de un fondo especial denominado Fosyga, lo cual garantiza una independencia patrimonial, como bien lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷⁴.

La cuarta expresión de la independencia de las comisiones de regulación de servicios públicos se encuentra en que los expertos comisionados tienen un período fijo de duración de su gestión, lo cual, según la jurisprudencia, “busca

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

⁷² Corte Constitucional, sentencias C-444 de 1998 y C-1162 de 2000.

⁷³ Sobre el particular, señaló la jurisprudencia: “...la Ley 142 de 1994 presenta un mecanismo de financiación que conduce a que las comisiones de regulación no se encuentren totalmente sujetas a la política presupuestal de acuerdo con las prioridades de gasto de los sucesivos gobiernos y en atención a coyunturas determinadas, sino que gocen de fuentes que les permitan cubrir gastos necesarios para llevar a cabo su misión institucional. De igual manera, la existencia de fuentes para recuperar costos de recursos reduce el riesgo de que el gobierno influya en las decisiones a cargo de las comisiones” (Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003).

⁷⁴ Véase Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2007.

preservar su independencia porque hace menos probable que sus decisiones se encuentren condicionadas por presiones de parte del gobierno de turno”⁷⁵.

Aunque la jurisprudencia no se haya referido a este aspecto, idéntica situación se presenta respecto de la CRES, en la cual, de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 1122 de 2007, el período de los expertos comisionados es de tres años, esto es, que están sometidos a un período fijo.

Finalmente, la quinta expresión de la independencia de las comisiones de regulación es el sometimiento a un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, el cual “busca preservar su neutralidad e imparcialidad principalmente frente a los sujetos regulados y evitar que se tienda un manto de duda sobre la legitimidad de sus decisiones”⁷⁶.

Frente a este último aspecto, debe señalarse que aunque la jurisprudencia no se ha referido expresamente al caso de la CRES, debe entenderse que le son perfectamente aplicables sus reflexiones, en la medida en que el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1122 de 2007 señala un régimen de inhabilidades e incompatibilidades particular para los expertos comisionados.

De otra parte, debe señalarse que a pesar de la particular independencia de los organismos de regulación creados por el legislador, la jurisprudencia ha expresado que ni la independencia ni el hecho de que desempeñen funciones de regulación, hace que los mismos puedan actuar por fuera de los mandatos de la Constitución, del legislador y de la reglamentación del presidente de la república, así como tampoco de las políticas señaladas por el propio Gobierno Nacional⁷⁷.

En este sentido, ha expresado la jurisprudencia:

A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ En este sentido, ha expresado la jurisprudencia administrativa: “Por contera, las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de marzo de 2002, expediente 6.637). Igualmente, véanse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 17 de agosto de 2000, expediente 5.920, y de 17 de diciembre de 2000, expediente 6.022, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 8 de marzo de 2007, expediente 15.071, y de 2 de mayo de 2007, expediente 16.257.

y a las disposiciones gubernamentales [...] Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro⁷⁸.

V. Conclusiones de las posiciones jurisprudenciales expuestas

Las posiciones jurisprudenciales explicadas en los puntos anteriores permiten concluir que la independencia o autonomía de las agencias reguladoras en Colombia se traduce en los siguientes aspectos:

A. En relación con las agencias reguladoras de origen constitucional, como son el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión:

1. Ambos organismos gozan de una amplia autonomía, tanto administrativa, como presupuestal y técnica, la cual se traduce en lo siguiente:

a. Cada una de esas agencias se encuentra sometida a un régimen propio en materia de organización y funcionamiento.

b. Las citadas agencias no se encuentran sometidas a control jerárquico o de tutela alguno por parte de ninguno de los órganos del Estado y, por lo mismo, gozan de la posibilidad de adoptar las decisiones para las cuales son competentes sin depender de la voluntad de cualquier otro órgano del Estado y, especialmente, sin depender del Gobierno Nacional.

c. La administración de los recursos por parte de estas agencias se lleva a cabo de la manera que consideren más adecuada para el cumplimiento de sus funciones, sin ninguna clase de injerencias por parte de las demás autoridades públicas. Además, en particular el Banco de la República ni siquiera está sometido a control fiscal permanente.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000. Igualmente, ha expresado la jurisprudencia: “La regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia” (Corte Constitucional, sentencia C-389 de 2002).

d. De manera especial, la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión se reconoce como un derecho social orientado a la protección de las influencias que puedan producirse sobre el citado medio de comunicación, que es fundamental para la sociedad.

2. No obstante la amplitud de esa autonomía, ella está sometida a limitaciones que pueden concretarse en los siguientes aspectos:

a. Tanto la organización como el ejercicio de las funciones por parte de las mencionadas agencias se someten al régimen jurídico fijado por la ley. En particular, en relación con la Comisión Nacional de Televisión, también a las políticas que en materia de televisión señale el legislador y, respecto del Banco de la República, a los reglamentos del presidente de la república en materia cambiaria.

b. En el desempeño de sus funciones, las citadas agencias deben actuar en coordinación con las demás autoridades que ejecutan funciones afines: en cuanto a las políticas económicas, para el caso del Banco de la República; y en cuanto a la intervención y administración de la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, para el caso de la Comisión Nacional de Televisión.

c. La actividad de estas agencias se encuentra sometida a los controles de legalidad, político y disciplinario. En particular, la Comisión Nacional de Televisión está sometida a control fiscal permanente y el Banco de la República a control fiscal eventual en cuanto realice actividades de gestión fiscal, y a la inspección, vigilancia y control del presidente de la república, en relación con las actividades financieras que desarrolla.

d. El presidente de la república es quien, directa o indirectamente, designa a la totalidad de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República y a una parte de los miembros de la Comisión Nacional de Televisión, por lo cual puede tener cierta influencia en la adopción de sus decisiones.

3. Tanto el Banco de la República como la Comisión Nacional de Televisión constituyen “órganos autónomos e independientes”, de la categoría de aquellos a los que se refiere el artículo 113 de la Constitución Política y, por lo mismo, no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, como tampoco de los organismos de control y de los electorales, de tal manera que tienen la misma categoría e importancia de las citadas ramas, órganos de control y electorales.

B. En relación con las agencias reguladoras de origen legal, como son las comisiones de regulación de servicios públicos (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT) y la Comisión de Regulación en Salud – CRES:

1. Todas ellas gozan de independencia o autonomía administrativa, técnica y patrimonial, la cual se refleja en (i) el carácter colegiado de su órgano de dirección; (ii) el ejercicio de sus competencias con un criterio fundamentalmente técnico; (iii) la consagración de una independencia patrimonial y de mecanismos especiales de financiación; (iv) el período fijo de los miembros de su órgano de dirección, y (v) la consagración legal de un régimen especial de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses.

2. No obstante que gozan de independencia o autonomía, el grado de las mismas es menor que el reconocido a las agencias de origen constitucional, lo cual se traduce en mayores limitaciones, así:

a. Su organización y actividad no sólo están sometidas a la Constitución y la ley, sino también a la reglamentación del presidente de la república, y a las orientaciones y políticas fijadas por el Ministerio al cual se encuentran adscritas.

b. Existe una mayor posibilidad de injerencia del Gobierno Nacional sobre sus actuaciones, toda vez que el presidente de la república es quien designa a la totalidad de sus miembros y que ellas son presididas por el ministro del ramo al cual se encuentran adscritas.

3. Estas comisiones hacen parte integrante de la rama ejecutiva del poder público y de la administración pública.

VI. Análisis crítico de las posiciones jurisprudenciales sobre la independencia o autonomía de las agencias de regulación

El análisis de las conclusiones anteriores y de sus fundamentos jurisprudenciales suscitan las siguientes reflexiones:

A. En relación con los conceptos de independencia o autonomía aplicables a las agencias de regulación.

El tema de la regulación económica, tal vez por su relativa novedad, presenta una primera dificultad relacionada con la terminología utilizada. Así sucede

con los conceptos mismos de “regulación” y de “agencias u organismos reguladores”, cuya precisión muestra dificultades en la doctrina, como se desprende de la Introducción de este trabajo.

Esa dificultad terminológica en los conceptos básicos se ha reflejado igualmente en una de las principales características de las agencias reguladoras, como es su facultad de organizarse y actuar sin subordinación de otros organismos del Estado, respecto del cual, tanto las normas objetivas como la jurisprudencia, utilizan los calificativos de “independencia” y de “autonomía”, a veces indistintamente y otras pretendiendo darles significados diferentes.

Así, desde la perspectiva normativa, la Constitución Política de Colombia, en los artículos 76 y 371, al referirse a la Comisión Nacional de Televisión y al Banco de la República, los califica de personas jurídicas “autónomas”. A su vez, cuando se refiere a otros organismos o entidades, como las entidades territoriales o la Contraloría General de la República, utiliza los calificativos de “autónomos”. Por su parte, la ley, al crear las comisiones de regulación, unas veces les reconoce “independencia”, como es el caso de la Ley 142 de 1994 respecto de las comisiones de regulación de servicios públicos, mientras que la Ley 1122 de 2007, al crear la Comisión de Regulación en Salud – CRES, le reconoce “autonomía”.

A su vez, desde la perspectiva de la jurisprudencia, la Corte Constitucional también se refiere unas veces a “independencia” y otras a “autonomía” para resaltar esta característica de las agencias reguladoras⁷⁹. No obstante, algunas veces la Corte Constitucional ha expresado, sin mayores sustentos, que la autonomía es más que la independencia para referirse a que las agencias de origen constitucional gozan de autonomía, mientras que las de origen legal sólo gozan de independencia⁸⁰.

Al respecto, debe hacerse notar que, desde el punto de vista semántico, los dos términos evocan la idea de una cualidad consistente en no depender de otro, por lo cual pueden ser entendidos como sinónimos, como en efecto lo reconocen diversos diccionarios de la lengua española.

Pero puede decirse que la misma lengua española, y con base en ella la semántica jurídica, especialmente en materia de derecho público, han diferenciado los dos términos para utilizar más específicamente el de “independencia” en el sentido de “libertad, especialmente la de un Estado que no es tributario ni depende de

⁷⁹ Al respecto, véase Corte Constitucional, sentencias C-827 de 2001 y C-150 de 2003.

⁸⁰ Es el caso de la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, ya citada, en la cual expresa: “No obstante, como se puede apreciar con esta breve descripción del régimen legal, las comisiones de regulación creadas por la ley gozan de independencia, pero ésta es menos amplia y sólida que la autonomía de los órganos constitucionales”.

otro”, mientras que un significado específico de autonomía está referido a la “potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades para regirse mediante normas y órganos de gobierno propio”⁸¹. Es decir, que en términos de derecho público, la “independencia” está referida realmente a la vida propia de los Estados, para destacar su soberanía respecto de los demás, mientras que la “autonomía” se predica al interior de los Estados para referirse a las potestades propias de órganos públicos frente a otros del mismo Estado. Por ello puede afirmarse que los órganos de un Estado pueden ser autónomos pero no independientes, pues esta última calidad se predica del Estado mismo frente a otros.

En ese orden de ideas, para una mejor comprensión de las instituciones, puede decirse que cuando la jurisprudencia colombiana habla de independencia o autonomía de las agencias de regulación, en realidad debe entenderse que se está haciendo referencia a la autonomía de que ellas gozan al interior del Estado, para resaltar el ideal de que puedan organizarse y funcionar con reglas propias, sin depender de otros órganos del Estado y sin estar sometidas a influencias de los sectores políticos y especialmente de los sectores económicos que son objeto de su regulación.

La confusión parece tener origen en la preocupación por resaltar la mayor autonomía que se ha querido reconocer a nuevos órganos del Estado, entre ellos a las agencias de regulación, para indicar que tienen un mayor poder de actuación propia que otros, a los cuales tradicionalmente se les ha reconocido algún grado de autonomía. Tal es el caso, por ejemplo, de las llamadas en el derecho comparado “autoridades administrativas independientes”, denominación que, a pesar de las dificultades para su precisión, se refiere básicamente a aquellos órganos del Estado que se caracterizan por ser “instituciones creadas por la ley, de manera independiente a las estructuras administrativas tradicionales, ... pero dotadas de una autonomía fuertemente garantizada y encargadas de la misión de regulación dentro de un área determinada”⁸², es decir, que tienen el reconocimiento de un grado especial y muy amplio de autonomía para actuar al interior del Estado y que, por lo mismo, desde la perspectiva de la aclaración semántica que proponemos, no son realmente “autoridades independientes” frente al Estado, sino “autoridades autónomas” al interior del mismo, aunque con un grado de autonomía superior a la de otros órganos a los que también se les reconoce algún grado de esa cualidad.

⁸¹ Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1996, págs. 234 y 1157.

⁸² BRAIBANT, G. y STIRN, B.: *Le droit administratif français*, 6ª ed., Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002, pág. 81

Podemos concluir, en relación con este aspecto, entonces, que para mejor claridad de las instituciones públicas, al interior del Estado no debe hablarse de independencia sino de autonomías en diferentes grados.

B. En relación con los diferentes grados de autonomía al interior del Estado:

La reflexión anterior permite afirmar que al interior de los Estados se reconocen diferentes grados de autonomía a algunas autoridades, órganos o agencias.

Al respecto, puede afirmarse que el mayor grado de autonomía que se encuentra al interior de un Estado está reconocido a los Estados federados que hacen parte de un Estado federal.

En segundo lugar, podemos ubicar el grado de autonomía que se reconoce a instituciones territoriales intermedias entre el Estado y las autoridades locales, en algunos Estados que teniendo en principio una organización unitaria han decidido evolucionar hacia el reconocimiento de un especial grado de autonomía a las divisiones territoriales de mayor importancia, sin llegar a constituirse en estados federales, como es el caso de las comunidades autónomas en España y las regiones en Italia.

Ya al interior de los Estados unitarios, el concepto de autonomía ha jugado un papel muy importante en los últimos tiempos, pues parece haberse convertido en un principio orientador de la organización de estos Estados la consideración de que el concepto de unidad, que en una perspectiva radical implicaría una dependencia absoluta de todas las autoridades y órganos respecto del Estado, debe matizarse con el reconocimiento de facultades propias a algunas de esas autoridades y órganos.

En el caso de Colombia, no obstante su fuerte organización unitaria que se impuso desde finales del siglo XIX, desde los comienzos de esa etapa se reconocieron autoridades y órganos con algún grado de autonomía.

Así, la aplicación del principio de la separación de poderes, aunque matizado con el principio de colaboración entre ellos, implica que las diferentes ramas del poder sean autónomas entre sí, es decir, que no dependen unas de otras, como elemento fundamental del principio de separación. Inclusive al interior de las ramas del poder público encontramos el reconocimiento de autonomías.

En efecto, en el caso de la rama legislativa, conformada por dos cámaras, cada una de ellas actúa con autonomía respecto de la otra.

Así sucede igualmente al interior de la rama judicial, en la medida en que la existencia de diversas jurisdicciones (común u ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) implica el reconocimiento de autonomía de cada una de ellas respecto de las demás jurisdicciones y de las demás ramas del poder. Inclusive, al interior de cada una de las jurisdicciones, a pesar de la existencia de los diversos niveles o grados que implican una organización jerarquizada, se reconoce la autonomía funcional de los diferentes jueces y tribunales para interpretar la ley y adoptar las decisiones con su propio y autónomo criterio.

En relación con la rama ejecutiva, a pesar de su organización esencialmente centralizada y jerarquizada, el concepto y la institución de la autonomía tampoco le son extraños. Por el contrario, desde el comienzo de la adopción del modelo de Estado unitario en Colombia, su aplicación fue matizada por el principio de la “centralización política y descentralización administrativa”, cuya concepción básica está referida al reconocimiento de autonomía, aunque simplemente para asuntos administrativos, a los departamentos y municipios como divisiones territoriales del Estado. Esta autonomía ha evolucionado en las últimas décadas en el sentido de un progresivo aumento de la descentralización, es decir, de mayor autonomía, que se traduce en que la misma Constitución Política establece, en su artículo 1°, que Colombia es un Estado “organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”, y en concordancia con ello otorga directamente a dichas entidades territoriales numerosas e importantes funciones administrativas para que sean ejercidas por ellas bajo ese criterio de autonomía, a pesar de que, según los términos de la misma Constitución, “las gobernaciones y las alcaldías hacen parte de la rama ejecutiva” (art. 115) y las asambleas departamentales y los concejos municipales son “corporaciones político–administrativas”, por todo lo cual no hay duda de que forman parte de la administración pública, como lo reconoce el artículo 39 de la Ley 489 de 1998.

Además, en aplicación de la teoría de la descentralización especializada o por servicios, en el derecho público colombiano, desde 1968, se institucionalizaron las figuras de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, bajo la figura de las llamadas “entidades descentralizadas”, uno de cuyos rasgos característicos es la autonomía, aunque en diferente grado para cada uno de los tres tipos mencionados.

Igualmente se ha reconocido la existencia de “entidades descentralizadas indirectas”, “unidades administrativas especiales” y otras entidades de

“naturaleza especial”, algunas de ellas con reconocimiento de autonomía en diferentes grados⁸³.

Dentro de ese contexto de progresivo reconocimiento de órganos del Estado con poder de actuación autónoma, en diferentes grados, la Constitución Política de 1991 reconoció nuevos órganos con esta característica, así:

De una parte, en el Capítulo 1 (“De la estructura del Estado”) del Título V (“De la organización del Estado”) estableció que junto a las ramas del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial) se reconoce la existencia de “órganos autónomos e independientes” de ellas, que según las diversas normas de ese capítulo y de los Títulos IX y X de la Constitución, como lo sustentaremos en el literal D de este capítulo, son los que ella misma denomina “organismos de control” (Ministerio Público y Contraloría General de la República) y los organismos o “autoridades electorales” (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil).

De otra parte, en otras normas de la Constitución se consagra la existencia de otros órganos a los cuales se les reconoce expresamente autonomía, como es el caso del Banco de la República (art. 371), la Comisión Nacional de Televisión (arts. 76 y 77), las corporaciones autónomas regionales (art 150-7) y las universidades estatales (art. 69).

Finalmente, la Constitución reconoce la facultad del legislador para “determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y *otras entidades del orden nacional*”, facultad con base en la cual el legislador ha creado diversos tipos de entidades, algunas de ellas con reconocimiento de autonomía, como es el caso de las comisiones de regulación de servicios públicos y la Comisión de Regulación en Salud.

Todo este panorama de autonomías en el derecho colombiano nos muestra claramente que se trata de un concepto o figura utilizado para caracterizar diferentes tipos de entidades, sin que pueda llegarse a pensar que se trata de una cualidad absoluta, pues en todos los casos esos diferentes tipos de entidades “autónomas” están enmarcados dentro de la estructura del Estado y se encuentran sometidos a diferentes limitaciones y controles por parte de otras autoridades al interior del Estado, por lo cual no puede predicarse de ellos una verdadera “independencia”.

⁸³ Sobre estas entidades, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Derecho administrativo – General y colombiano*, 16ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008, núms. 160 y sigs.

Esa relatividad de la autonomía está marcada, entonces, por las limitaciones y controles a los cuales cada órgano está sometido, de tal manera que puede afirmarse que la menor o mayor intensidad de dichas limitaciones y controles se traduce, respectivamente, en una mayor o menor autonomía, es decir, en los diferentes grados de autonomía a que hemos hecho referencia.

En ese orden de ideas, puede decirse que, en términos jurídicos, el elemento clave para que pueda hablarse de autonomía de un órgano del Estado consiste en que dicho órgano tenga facultades de autoorganizarse y pueda ejercer sus funciones sin depender de otros órganos. A su vez, en materia de autonomía, esa ausencia de “dependencia” no se refiere a la independencia política que se predica de un Estado frente a los demás, sino a la inexistencia de dependencia jerárquica respecto de otros órganos del mismo Estado. En términos jurídicos, esa autonomía se traduce en la inexistencia, por regla general, de los llamados en la doctrina mecanismos de control jerárquico, pero no descarta los llamados mecanismos de control de tutela, pues estos últimos pueden existir aún respecto de órganos autónomos, para garantizar la armonía de todos los órganos que conforman la estructura del Estado⁸⁴.

C. En relación con la autonomía funcional de las agencias de regulación:

Frente a la autonomía de funcionamiento, no hay duda de que en el régimen jurídico colombiano, como se desprende de la jurisprudencia, se reconoce un importante grado de autonomía a todos los organismos de regulación, que los diferencia de los demás órganos administrativos del Estado y que se justifica por la específica actividad que desempeñan, respecto de la cual resulta necesario garantizar que las decisiones que se adopten no estén interferidas por los sectores políticos o económicos que tengan interés en la respectiva actividad, sino que sean tomadas para la defensa de la competencia o del mercado dentro del sector económico que es objeto de regulación.

A su vez, como también se desprende claramente de la jurisprudencia, se reconoce un mayor grado de autonomía a las agencias de regulación de origen constitucional y un menor grado a las de origen legal. Esa diferencia de grado de autonomía obedece, fundamentalmente, a que las agencias de carácter constitucional están sometidas en su actividad solo a la Constitución Política y la ley, como regla general, mientras que las de carácter legal se someten, además, a los reglamentos y políticas del gobierno nacional.

⁸⁴ Sobre las diferencias entre los mecanismos de control jerárquico y los de control de tutela, véase a CHAPUS R.: *Droit administratif général*, t. 1, 15^a ed., Paris, Editions Montchrestien, 2001, núms. 543 y sigs, y 563 y sigs.

Sin embargo, debe observarse que en algunos pasajes la jurisprudencia tiende a crear una visión exagerada de la autonomía de las agencias de regulación, especialmente de las de origen constitucional, hasta el punto de dejar la impresión en sus afirmaciones de que no existe siquiera control de tutela frente a estas agencias, ni vínculos entre ellas y los demás órganos del Estado, en contraste con la necesidad que reconoce en otros momentos de precisar los límites a esa autonomía, que se derivan del carácter de autoridad pública que ostentan esas agencias y del deber de coordinación de sus actuaciones con otros órganos del Estado, así como con las políticas públicas en los sectores en los cuales cumplen sus funciones.

En ese orden de ideas, la misma jurisprudencia reconoce que las agencias de origen constitucional están sometidas a una serie de limitaciones y controles, como son específicamente los señalados en el numeral 2 del literal A del capítulo IV de este escrito.

En relación con las agencias de origen legal, también la jurisprudencia reconoce las limitaciones a su autonomía indicadas en el numeral 2 del literal B del capítulo IV de este escrito. A esas limitaciones, aunque la jurisprudencia no hace énfasis en ellos, deben agregarse los controles a que están sometidas como consecuencia de ser órganos indiscutiblemente integrantes de la rama ejecutiva del poder público, como son los controles administrativo, presupuestal, fiscal, político y jurisdiccional.

En concordancia con lo anterior, podemos concluir que por la particular actividad que desempeñan, se reconoce una autonomía pronunciada a las agencias de regulación para el desempeño de sus funciones de regulación económica. No obstante, la consagración de dicha autonomía no significa que dichos organismos, ni siquiera los de origen constitucional, se encuentren exentos completamente de controles y de vínculos con otras entidades u organismos del Estado, pues lo cierto es que las mencionadas agencias son entidades públicas y, por lo mismo, su actuación está sometida a diversas limitaciones provenientes de su carácter público.

D. En relación con la autonomía orgánica de las agencias de regulación:

Respecto de la autonomía orgánica, es evidente que las comisiones de regulación de los servicios públicos y en salud hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, no solo porque así lo afirma la jurisprudencia, sino porque así lo establecen expresamente las normas al indicar que dichas comisiones son unidades administrativas especiales y que las mismas están adscritas a los ministerios de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Minas y Energía;

Comunicaciones, y de la Protección Social (artículos 69 de la Ley 142 de 1994 para las comisiones de regulación de servicios públicos y 3º de la Ley 1122 de 2007 para la comisión de regulación en salud).

Sin embargo, debe hacerse notar que a pesar de que esa pertenencia a la rama ejecutiva conlleva, en principio, las consecuencias correspondientes respecto de la dependencia y los controles propios de la organización jerarquizada de la administración pública, la existencia de diferentes grados de autonomía al interior de la rama ejecutiva, como lo analizamos en el punto B de este capítulo, ha permitido reconocer un importante grado de autonomía a estas comisiones, que se refleja especialmente en el carácter colegiado de su órgano de dirección, el período fijo de los miembros del mismo, el ejercicio de sus competencias con un criterio fundamentalmente técnico, la consagración de una especial autonomía patrimonial y de mecanismos especiales de financiación, la consagración legal de un régimen especial de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, así como en la ausencia de recurso administrativo de apelación contra sus decisiones.

En cambio, debemos expresar nuestra discrepancia con las posiciones de la jurisprudencia respecto de la autonomía orgánica del Banco de la República y de la Comisión Nacional de Televisión, en cuanto son considerados “órganos autónomos e independientes”, de la categoría de los así identificados en el artículo 113 de la Constitución Política.

Esta discrepancia la podemos sustentar en las siguientes razones:

1. El artículo 113 de la Constitución Política establece que además de los órganos que integran las ramas del poder público (legislativa, ejecutiva y judicial), existen otros, “autónomos e independientes”, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Para determinar cuáles son dichos órganos autónomos e independientes, debe analizarse sistemática y coherentemente la forma como la Constitución, en su conjunto, presenta la estructura del Estado, que es uno de los temas básicos de todas las constituciones modernas.

Al respecto, el capítulo 1 del título V (capítulo titulado precisamente “De la estructura del Estado”), del cual hace parte el citado artículo 113, consagra las normas básicas de esa estructura. Es así como, en forma ordenada y sucesiva, en las demás disposiciones que conforman el citado capítulo 1 sobre estructura del Estado se expresan los aspectos básicos de la rama legislativa (art. 114); de la rama ejecutiva (art. 115); de la rama judicial (art. 116); de los órganos de control (art. 117), como son el ministerio público (art. 118) y la Contraloría General de la República (art. 119), y de la organización electoral, conformada por el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil

y los demás organismos que establezca la ley para hacer parte de esta última organización (art. 120).

De manera coherente con lo anterior, la Constitución Política dedica los títulos siguientes a desarrollar en forma un poco más precisa las normas básicas de cada una de las ramas y de cada uno de los órganos identificados en el capítulo sobre la estructura del Estado, según la denominación de cada uno de esos títulos, así: el Título VI, “De la rama legislativa”; el Título VII, “De la rama ejecutiva”; el Título VIII, “De la rama judicial”; el Título IX, “De las elecciones y la organización electoral”; y el Título X, “De los organismos de control”, dividido en dos capítulos dedicados a la Contraloría General de la República y al ministerio público.

Con fundamento en lo anterior, consideramos que la interpretación sistemática, lógica y coherente de las disposiciones constitucionales citadas permite concluir que, en materia de estructura u organización del Estado colombiano, la Constitución, tal como fue expedida y se encuentra vigente, establece que dicha estructura está conformada por las tres ramas tradicionales del poder y, como “órganos autónomos e independientes”, los organismos de control (ministerio público y Contraloría General de la República) y la organización electoral.

2. Es cierto que la Constitución Política, en otras normas que hacen parte de títulos diferentes de los indicados, consagra la existencia de otros órganos del Estado, como son: el Banco de la República (art. 371), la Comisión Nacional de Televisión (arts. 76 y 77), la Comisión Nacional del Servicio Civil (art. 130), las corporaciones autónomas regionales (arts. 150-7 y 331), las universidades del Estado (art. 69), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370), y las entidades territoriales (arts. 285 y ss), a la mayoría de las cuales les reconoce expresamente autonomía.

Sin embargo, no creemos que el hecho de que la Constitución reconozca autonomía a algunas entidades específicas, como lo hace en el caso del Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, o a tipos de entidades como las corporaciones autónomas o las universidades del Estado, pueda implicar que se trata de los mismos “órganos autónomos e independientes” de las ramas del poder público, a los que se refiere el artículo 113 pues, como lo hemos analizado, la estructura formal y metodológica de la Constitución consagra claramente la estructura orgánica básica del Estado. En efecto, si así fuera, todos los órganos a los cuales la Constitución reconoce autonomía constituirían “órganos autónomos e independientes” de las ramas del poder público, pues no se ve razón para considerar que algunos de ellos sí lo sean, mientras que otros sean simples órganos que hacen parte de alguna de esas ramas.

Además, es lógico entender que, como lo explicamos en el punto B de este capítulo, el ordenamiento jurídico de un Estado reconoce la existencia de órganos con diversos grados de autonomía, sin que la autonomía por sí misma implique que se predica respecto de las ramas del poder público. En ese sentido, puede entenderse, con lógica y coherencia, que la Constitución colombiana reconoce autonomía respecto de las ramas solamente a los órganos que ella misma de manera clara y sistemática así lo indica, como son los citados organismos de control (ministerio público y Contraloría General de la República) y la organización electoral. Los demás, a los cuales también reconoce directamente autonomía, así como aquellos a los que también la ley reconoce dicha autonomía, serán autónomos, según el grado que se establezca en las normas que los rigen, pero en el contexto del sector al cual pertenecen, que generalmente es el de la administración pública.

Así, por ejemplo, podemos citar los siguientes casos:

– En el artículo 287 la Constitución establece que las “entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses” e, inclusive, dedica a ellas todo un Título de la Carta (Título XI- “De la organización territorial”), lo cual no es óbice para que, sin duda alguna, dentro de la concepción de Estado unitario, sean consideradas como parte de la administración pública.

– En el artículo 150-7 la Constitución señala que es función del Congreso “reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía”, respecto de las cuales la Corte Constitucional ha afirmado que “son entidades administrativas del orden nacional que pueden representar a la Nación dentro del régimen de autonomía que les garantiza la Constitución”⁸⁵.

– En el artículo 69 la Constitución “garantiza la autonomía universitaria”, señala que “las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos” y respecto de las universidades del Estado dispone que “la ley establecerá un régimen especial” para las mismas. Frente a estas últimas, la jurisprudencia ha insistido reiteradamente en su grado especial de autonomía, pero dentro del marco de la rama ejecutiva, hasta el punto de que están adscritas al Ministerio de Educación Nacional⁸⁶.

3. En relación con las funciones que desempeñan el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, no son funciones de naturaleza diferente de las que tienen a su cargo las ramas tradicionales del poder público. En efecto,

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-593 de 1995. En igual sentido, pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional, C-596 de 1998, C-578 de 1999, C-894 de 2003 y C-462 de 2008.

⁸⁶ Véase Corte Constitucional, sentencias C-547 de 1994, C-589 de 1997 y C-829 de 2002.

si bien pudiera afirmarse que las funciones de regulación monetaria, crediticia y cambiaria, o función de banca central, y de regulación del servicio público de televisión, son funciones especiales, la realidad es que esa especialidad, como sucede con muchas otras funciones especializadas que desempeñan diferentes órganos del Estado, especialmente pertenecientes a la administración pública, no tiene la entidad para permitir predicar respecto de ellas que se trata de funciones de naturaleza diferente a la función administrativa del Estado, cuyos actos son indiscutiblemente administrativos, sometidos al régimen previsto para esta clase de actos. Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional y el Consejo de Estado en algunas de las jurisprudencias citadas en este escrito⁸⁷.

Sobre este tema, debe hacerse notar que lo mismo podría decirse de la función y de los actos de los órganos de control (ministerio público y Contraloría General de la República) y de los órganos que hacen parte de la organización electoral, en cuanto las funciones que ejercen y los actos que expiden continúan siendo considerados administrativos, sometidos al mismo régimen jurídico de esa función y de esa clase de actos⁸⁸, lo cual también podría justificar alguna crítica a la calificación que la Constitución les otorga como “órganos autónomos e independientes”, en cuanto no ejercen funciones naturalmente propias y diferentes de las ramas del poder. Sin embargo, desde el punto de vista orgánico, la gran diferencia consiste en que la Constitución Política les ha reconocido claramente a estos órganos el carácter de autónomos e independientes, mientras que al Banco de la República y a la Comisión

⁸⁷ Para las funciones ejercidas por el Banco de la República, véanse Corte Constitucional, sentencias C-050 de 1994 y C-827 de 2001; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de julio de 2001, expediente 6.809, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, expediente AP-1856. Para las funciones ejercidas por la Comisión Nacional de Televisión, véanse Corte Constitucional, sentencias C-497 de 1995, C-445 de 1997 y C-351 de 2004; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de enero de 1997, radicación 936; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2001, expediente 5.908, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, expediente 16.230.

⁸⁸ Para los actos de la de la Procuraduría General de la Nación que es el organismo que ejerce las funciones de ministerio público, véanse Corte Constitucional, sentencias C-661 de 2000, C-996 de 2001 y C-835 de 2005; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 8 de marzo de 1996, radicación 792, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 30 de enero de 1997, expediente 11.634. Para la Contraloría General de la República, véanse Corte Constitucional, sentencias C-054 de 1997, C-189 de 1998, C-661 de 2000 y C-840 de 2001; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 8 de marzo de 1996, radicación 792, y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 30 de mayo de 2002, radicación 1.403. Para los órganos que conforman la organización electoral, véanse Corte Constitucional, sentencias C-155 de 2005, T-610 de 2006 y C-208A de 2008; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 12 de diciembre de 1996, radicación 917; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 6 de junio de 2000, expediente 2287-2297, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 6.524.

Nacional de Televisión ese reconocimiento proviene de una interpretación jurisprudencial muy discutible por las diferentes razones que estamos expresando.

4. Tampoco consideramos que el argumento histórico planteado por la Corte Constitucional, en el sentido de que el Constituyente quiso expresamente que el Banco de la República no formara parte de ninguna de las ramas del poder público, sea fundamental y definitivo, toda vez que dicho argumento se fundamenta en el texto de una ponencia, esto es, en la propuesta presentada por algunos miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, pero no toma en consideración las demás discusiones que se dieron en relación con las normas sobre la banca central, en las cuales este aspecto no parece ser contundente ni definitivo, en el sentido de que el mismo no fue decisivo para la redacción de las normas finalmente aprobadas, y no se tradujo finalmente en la estructura del Estado consagrada en el texto vigente de la Constitución.

En relación con la Comisión Nacional de Televisión debe señalarse que la idea de que la misma es un órgano autónomo e independiente de las ramas del poder público no se menciona expresamente en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, pues allí solamente se resalta la autonomía con la que debe actuar, por lo cual tampoco podría afirmarse que fue voluntad del Constituyente la ubicación de esta Comisión por fuera de las ramas del poder público.

5. En este orden de ideas nos parece que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado no tiene en cuenta la evolución de los conceptos de rama ejecutiva y de función ejecutiva que, como lo hemos explicado en otros escritos, se ha dado en el sentido de ampliar progresivamente dichos conceptos como consecuencia de la tendencia de reconocerles un objeto más amplio que el tradicional, que permite actualmente utilizar los términos de “rama administrativa del poder público” o “administración pública” y de “función administrativa”, que son más comprensivos del objeto actual de las tradicionales rama ejecutiva y función ejecutiva⁸⁹.

A la luz de ese concepto moderno y ampliado de “rama administrativa del poder público” o “administración pública”, en reemplazo del tradicional de rama ejecutiva, debe entenderse que el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión forman parte de la misma, en la medida en que de ella no forman parte solamente los órganos que tradicionalmente se han considerado “ejecutivos”, sino todos aquellos que “de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o

⁸⁹ Véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Estructura del poder público en Colombia*, 11ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2009, págs. 8 y sigs.

la prestación de servicios públicos del Estado“, como lo expresa el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, y que no corresponden a las otras ramas del poder o a los órganos expresamente reconocidos como “autónomos e independientes”.

6. En concordancia con lo anterior, podemos también hacer notar que la calificación de “autoridades independientes” que en otros momentos ha utilizado la jurisprudencia para calificar la naturaleza del Banco de la República y de la Comisión Nacional de Televisión contribuye igualmente a la idea de que dichos órganos pertenecen a la administración pública. En efecto, si se analiza con detenimiento la noción de “autoridades independientes” en el derecho comparado, puede constatarse que el concepto se refiere realmente a “autoridades administrativas independientes”, en el sentido de que las mismas hacen parte de la administración pública, aunque con un grado de autonomía muy importante tanto en su organización como en su funcionamiento, y sometidas a un régimen jurídico especial en esos mismos aspectos, lo cual ha permitido configurar un nuevo tipo de órganos administrativos⁹⁰.

En conclusión, de acuerdo con las anteriores reflexiones, no consideramos acertada la afirmación que hace la jurisprudencia en el sentido de que el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión son “órganos autónomos e independientes” de los identificados así en el artículo 113 de la Constitución Política y, por lo mismo, que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público. Para nosotros, a pesar del respeto debido a la jurisprudencia, en realidad las citadas entidades forman parte de la administración pública, como concepto moderno y ampliado de la rama ejecutiva tradicional, aunque gozan del mayor grado de autonomía al interior de dicha rama, superior a la de los demás órganos de la misma, y están sometidas a un régimen especial en materia de organización y funcionamiento, todo lo cual permite diferenciarlas tanto de los órganos de la administración central como, especialmente, de las llamadas entidades descentralizadas.

⁹⁰ Véase a BRAIBANT, G. y STIRN, B.: *Le droit administratif français*, cit., págs. 81 y sigs; a DEBBASCH, CH.: *Droit administratif*, 6ª ed., Paris, Economica, 2002, págs. 172 y sigs; a GARCÍA LLOVET, E.: “Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho”, cit., págs. 61 y sigs; a PARADA, R.: *Derecho administrativo*, t. ii, cit., págs. 261 y sigs, y a CASSAGNE, J. C.: *La intervención administrativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, págs. 166 y sigs.

LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA SOBRE EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Consuelo Sarria Olcos

I. Anotaciones previas

A. El Estado de Derecho, las funciones del Estado, y la discrecionalidad

El sometimiento del Estado al derecho surgió como un mecanismo de equilibrio entre el poder del Estado y los administrados. Los titulares de dicho poder tienen que actuar dentro de los marcos fijados por el derecho y el individuo que está sometido a ese poder, tiene el derecho a la legalidad¹, con lo cual se logra la seguridad jurídica de sus propios derechos e intereses, en relación con las prerrogativas que implica la acción estatal.

La principal consecuencia del Estado de Derecho es el principio de legalidad, el cual surge como el reflejo de la soberanía popular², y lleva a la conclusión de que en un Estado de Derecho no existen poderes ilimitados, ya que el Estado sólo puede hacer lo que le esté, expresamente, atribuido, y sus límites los precisa el ordenamiento jurídico, así como sus fines, al atribuir las competencias a los diferentes órganos del Estado, de acuerdo con el principio de la separación de poderes.

Así las cosas, se plantea el interrogante de sí, en un Estado de Derecho, en el cual el ejercicio del poder estatal se realiza dentro de un ordenamiento jurídico, de acuerdo con los fines en él previstos y dentro de la estructura respectiva del principio de legalidad, existe algún grado de discrecionalidad, en cabeza de las diferentes autoridades para apreciar, en cada caso específico, las circunstancias de hecho, la oportunidad, la conveniencia y el sentido de una decisión, y si es predicable de todas y cada una de las funciones del Estado, o solamente de una de ellas: de su función ejecutiva.

Y la respuesta es que esa capacidad de apreciación la tienen los titulares de la función ejecutiva, y también los titulares de las otras funciones estatales: la legislativa y la jurisdiccional.

¹ FRAGA, G.: *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1971, pág. 451.

² DUVERGER, M.: *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, pág. 234.

En efecto, si bien es cierto que en razón del contenido mismo de la función ejecutiva, “de ejecutar la ley”, es respecto de ésta, que tiene mayor importancia la posibilidad con que cuenta la autoridad estatal para ejercer su poder, siempre dentro del ordenamiento jurídico, con un mayor o menor grado de libertad de apreciación, también los titulares de las funciones legislativa y jurisdiccional tendrán la posibilidad de considerar las circunstancias de hecho que rodean sus decisiones y así, cuando el Legislador va a expedir una norma, que crea derecho, tiene un límite: la Constitución, pero tendrá también la posibilidad de apreciar y valorar determinadas situaciones fácticas y las circunstancias que rodean su decisión, para determinar su contenido y la incidencia que ésta pueda tener en relación con sus destinatarios.

En éste sentido se ha pronunciado, de manera reiterada la Corte Constitucional de Colombia para reconocer que los titulares de la función legislativa tienen lo que ha denominado el *margen de configuración legislativa* cuyo límite se encuentra en las normas, valores y principios constitucionales.

Así por ejemplo en relación con la expedición de leyes sobre procedimientos administrativos, en la *Sentencia C-510-04*, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, dijo la Corte Constitucional:

...

El establecimiento de esas reglas mínimas procesales tiene fundamentalmente un origen legal. En efecto, el legislador, autorizado por el artículo 150, numerales 1o. y 2o., de la Constitución Política, cuenta con una *amplia potestad de configuración* para instituir las formas, con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas ... que surjan entre las personas³.

Sin embargo, *esa discrecionalidad para determinar normativamente acerca de una vía, forma o actuación procesal o administrativa no es absoluta*; es decir, debe ejercitarse dentro del respeto a valores fundantes de nuestra organización política y jurídica, tales como, la justicia, la igualdad y un orden justo (Preámbulo) y de derechos fundamentales de las personas como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (C.P., arts. 13, 29 y

³ Ver la Sentencia C-680 de 1998 M. P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. En el mismo sentido ver la Sentencia C-131/02 M. P. Jaime Córdoba Triviño en la que se señaló “La sola consagración del debido proceso como derecho fundamental, no puede derivarse, en manera alguna, una idéntica regulación de sus distintos contenidos para los procesos que se adelantan en las distintas materias jurídicas pues, en todo aquello que no haya sido expresamente previsto por la Carta, debe advertirse un espacio apto para el ejercicio del poder de configuración normativa que el pueblo ejerce a través de sus representantes. La distinta regulación del debido proceso a que pueda haber lugar en las diferentes materias jurídicas, siempre que se respeten los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, no es más que el fruto de un proceso deliberativo en el que, si bien se promueve el consenso, también hay lugar para el disenso pues ello es así ante la conciencia que se tiene de que, de cerrarse las puertas a la diferencia, se desvirtuarían los fundamentos de legitimidad de una democracia constitucional.”

229). Igualmente, debe hacer vigente el principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (C.P., art. 228) y proyectarse en armonía con la finalidad propuesta, como es la de realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial⁴ en controversia o definición; de lo contrario, la configuración legal se tornaría arbitraria.

... (La cursiva es mía)

Y en la *Sentencia C-662-04*, M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES, afirmó la Corte Constitucional:

...

10. La cláusula general de competencia de la que goza constitucionalmente el legislador, - numeral 2º del artículo 150 del Estatuto Superior -, lo habilita con *amplio margen de configuración*, a regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos y demás aspectos de las instituciones procesales en general.

Esta atribución constitucional es muy importante, en la medida en que *le permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.), y del acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 C.P.)*. Además, *son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y fin de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio de nuestro Estado Social de Derecho*⁵. En efecto, tal y como lo ha afirmado esta Corporación, “el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura para realizar la justicia y con la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica (Preámbulo y artículo 1 de la Carta)”⁶ de los asociados.

...

11. Así, mientras *el legislador, no ignore, obstruya o contrarie las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio*, entendidas éstas como “el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas”⁷. Por ende, es extensa la doctrina constitucional⁸ que ha reiterado que *acorde a lo establecido en los artículos 29, 150 y 228 de la Constitución, son amplias las facultades del legislador precisamente, para fijar tales formalidades procesales*⁹.

... (La cursiva es mía)

⁴ Ver la Sentencia T-323/99 M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1993. M. P. JAIME SANÍN GREIFFESTEIN.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-095 de 2001. M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Ver también sentencia C-316 de 2002. M. P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-562 de 1997. M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

⁸ Ver entre otras las sentencias C-742 de 1999, C-384 de 2000, C-803 de 2000, C-591 de 2000, C-596 de 2000, C-1717 de 2000, C-680 de 1998.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1104 de 2001. M. P. CLARA INÉS VARGAS.

En relación con la función jurisdiccional, la situación es similar, y por ello, los jueces al administrar justicia, están también sometidos al ordenamiento jurídico propio del Estado de Derecho, pero en la medida en que deben aplicar las normas generales a casos concretos, necesariamente tendrán que analizar las circunstancias que rodean la controversia que deben resolver, y contarán con la libertad de apreciación que les permita en cada caso específico, la legislación positiva correspondiente, para la adecuada administración de justicia. En este sentido se ha llegado a afirmar que la discrecionalidad existe entonces en “los dominios totales de la ejecución”¹⁰, dejando a los jueces la facultad para la apreciación fáctica a que la ley no alcanza.

En conclusión, existe poder discrecional en el ejercicio de todas las funciones del Estado, pero aquella en la que mayor trascendencia tiene y así se ha reconocido siempre, es en la ejecutiva en razón de su contenido, en cuanto se realizan actividades específicas de ejecución de la ley de manera concreta, permanente, directa e inmediata, enfrente a los administrados.

B. El poder discrecional de la Administración

Ya, específicamente, en relación con la función administrativa, el poder discrecional se refiere, precisamente, a esa posibilidad que tienen sus titulares, en cada caso específico, para apreciar los hechos y las circunstancias que motivan su decisión y escoger entre dos o más soluciones, siendo todas válidas para el derecho.

La autoridad administrativa, en aquellos casos en que de acuerdo con el ordenamiento jurídico en que se estructura el principio de legalidad, tenga discrecionalidad, podrá decidir sobre la oportunidad de su actuación y sobre el contenido de su decisión y por ello se afirma que “en la actividad administrativa discrecional, el órgano tiene elección en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales se dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una circunstancia”¹¹.

Ese análisis y valoración de hechos y circunstancias que hace la autoridad administrativa para ejercer una competencia discrecional, se refiere esencialmente a la oportunidad de la expedición de su decisión administrativa, entendiendo por oportunidad, aquello que conviene, que es oportuno, a una determinada situación, en consideración al lugar, el tiempo, la circunstancia,

¹⁰ MERKL, A.: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional, México, 1975, pág. 187.

¹¹ DROMI, J. R.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Astra, Buenos Aires, 1975, pág. 468. GORDILLO, Agustín A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Tomo I, pág. VIII-16.

los sujetos, etc., es decir es un juicio de valores que cuenta en una buena proporción con la apreciación subjetiva de quien lo realiza.

Este concepto de oportunidad, que se refiere a valores no jurídicos, por algunos es considerado como independiente de la legalidad¹² y por otros como parte de la misma y así se ha afirmado que la “oportunidad y la conveniencia integran la juridicidad”.

Al considerar que la legalidad y la oportunidad se hallan en planos diferentes, quienes plantean la independencia de los mismos se fundamentan en que cada uno de ellos, se refiere a criterios diferentes pues cuando se habla de legalidad se hace referencia a un valor jurídico, mientras que cuando se hace referencia a oportunidad se hace referencia a un valor técnico y así la legalidad de una decisión administrativa surge, de su sujeción a una norma expresa fijada por el legislador, mientras que su oportunidad se valora enfrente a normas técnicas o situaciones de hecho cuyo contenido surge de una apreciación subjetiva.

Por su parte, para llegar a la conclusión de que la oportunidad no es independiente de la legalidad, sino por el contrario forma parte de la misma, se afirma que “si los órganos administrativos existen y son porque el Derecho los ha creado, si ellos no tienen más potestades ni posibilidades de obrar jurídicamente que en la medida que el derecho lo ha determinado; si el fin para el que han sido creados lo ha previsto la propia ley que crea los entes y ha precisado a tal fin la atribución específica de potestades para alcanzarlo idónea o eficazmente y si toda la actuación misma de los órganos de la administración está mediatizada por el fin específico de lograr la satisfacción concreta de las necesidades públicas en la promoción del bien comunitario, resulta más que obvio que lo oportuno y lo conveniente de actuar de tales órganos forma parte de su más íntima esencia, es decir han sido creados para fines específicos y para lograrlos concretamente”¹³.

Se afirma que la discrecionalidad administrativa da la posibilidad a la autoridad a quien le ha sido atribuida, para escoger entre diferentes opciones, *todas válidas para el derecho* y así, se está haciendo referencia al concepto de la legalidad y es que, la discrecionalidad no implica, que la competencia ejercida esté por fuera o contra la ley, ya que toda competencia que concreta el ejercicio del poder estatal debe ejercerse dentro del marco jurídico que, en cada caso específico, estará estructurado en el principio de legalidad.

¹² DIEZ, M. M.: *Derecho Administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, Tomo I, pág. 150. MARIENHOFF, M. S.: *Opus cit.* Tomo II, pág. 414. DUBISSON, M.: *La distribution entre la Legalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1958, pág. 36.

¹³ DROMÍ, J. R.: *Prerrogativas y Garantías Administrativas*, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino Católica de Tucumán, 1979, Parte II, págs. 37 y sigs.

La discrecionalidad administrativa no es sinónimo de arbitrariedad, en cuanto es un poder jurídico de la administración que encuentra su fundamento en una norma preestablecida, respecto de la cual, la administración no solo está en la obligación de aplicarla, sino que debe en primer término obedecerla, actuando dentro de los parámetros por ella establecidos.

Pero es más, no solo la actividad administrativa discrecional debe realizarse con fundamento en el ordenamiento jurídico preestablecido y dentro de los parámetros por él establecidos, sino que es de la propia norma jurídica de donde surge la discrecionalidad¹⁴, al establecer una libertad de apreciación circunstancial, ya sea de una manera expresa o tácita: expresa cuando directamente así lo establece al regular la competencia de que se trate, o tácita, cuando al atribuir una competencia no precise su carácter reglado o discrecional, ya que la norma general es la discrecionalidad administrativa y solo cuando expresamente se reglamenta en su totalidad una competencia administrativa, en el sentido de predeterminar la conducta administrativa, se presentarán las competencias regladas¹⁵.

C. Mecanismos de control

Los titulares de la función administrativa en un Estado de Derecho están sometidos a diferentes controles que hacen efectivo el principio de legalidad, pues nada se lograría si se planteara la sujeción del Estado a normas preestablecidas, y no existiesen, también, mecanismos de control eficaces para lograrlo.

Esos mecanismos de control han sido objeto de diferentes clasificaciones. Una de ellas, que resulta útil para efectos del tema que nos ocupa, es la siguiente:

a) *Controles preventivos y controles represivos*: Los primeros son las normas y procedimientos que deben cumplir la actividad administrativa; los segundos son aquéllos que se realizan como concreción de poderes jerárquicos o de tutela, ejercidos por la misma administración, y los que se realizan a través del ejercicio de la función jurisdiccional¹⁶.

b) *Controles indirectos* (Organización administrativa, regularidad, eficiencia, control jerárquico) y *controles directos* (Recursos, acciones)¹⁷.

c) Control *administrativo*, control *legislativo* y control *judicial*.

¹⁴ RIVERO, J.: Opus cit. pág. 82.

¹⁵ MERK, A.: Opus cit. pág. 186. MARIENHOFF, M. S.: Opus cit. Tomo II, pág. 415.

¹⁶ BONNARD, R.: *Le contrôle juridictionnel de administration*, París, Librairie Delegrave, 1934, pág. 5.

¹⁷ FRAGA, G.: Ob. cit. pág. 452.

Ahora bien, ante el aumento de la acción estatal y, concretamente, de su actividad administrativa, los controles preventivos se consideran de gran importancia, pero insuficientes, y se ha dado mayor énfasis a los controles represivos y directos y entre éstos, al control judicial de la administración (y por lo tanto del ejercicio del poder discrecional), ya que la subordinación de la Administración al derecho va a ser verificada por autoridades especialmente encargadas de ello, independientes, especializadas e idóneas, pertenecientes en la mayoría de los casos a otra rama del poder público, la rama jurisdiccional, ante quien acuden los administrados para tal efecto.

D. El control judicial del poder discrecional de la administración

En el ejercicio de un poder discrecional por parte de la administración, se ha cuestionado el que los jueces tengan competencia para controlar una actividad que implica la posibilidad de apreciación por parte de la Administración.

De acuerdo con la evolución del concepto mismo de la discrecionalidad, en un principio se afirmó que la actividad administrativa discrecional no era susceptible de control jurisdiccional; es más lo que se buscaba al calificar una competencia administrativa específica, como discrecional, era sustraerlo al control de los jueces; sin embargo y en la medida que se ha aceptado que la discrecionalidad es un poder jurídico, en la actualidad ya se considera que los actos emanados de una competencia discrecional son objeto de control judicial.

Este control judicial respecto de actos con carácter discrecional para algunos se limitará a la legalidad, es decir a aquellos aspectos reglados que presenta todo acto administrativo¹⁸ mientras que para otros puede referirse también al mérito y oportunidad de la decisión¹⁹.

Según el objeto del control, este puede ser de *legalidad o de oportunidad*.

1. El control de legalidad

Como su nombre lo indica, hace referencia a la confrontación del acto controlado frente al ordenamiento jurídico preestablecido que regula la respectiva competencia.

¹⁸ RIVERO, J.: *Droit Administratif*, París, Dalloz, 1971, pág. 82. BENOIT, F. P.: *El Derecho Administrativo Francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, pág. 585.

¹⁹ DIEZ, M. M.: Opus cit. Tomo I, pág. 152. DROMI, J. R.: *Prerrogativas y Garantías Administrativas*, Opus cit, pág. 36. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, Temis, Bogotá, 1980, págs. 102 y sigs.

Si el acto que concreta el ejercicio de una competencia discrecional, está sometido a un ordenamiento jurídico preestablecido, al principio de legalidad, será susceptible de que sea controlado en el sentido de ser confrontado con esas normas superiores, debiendo el juez analizar aquellos elementos del acto administrativo que se han calificado de reglados:

La *competencia*: si la autoridad que expidió el acto era competente para hacerlo de acuerdo con la ley.

La *finalidad*: debe verificar si el fin buscado por la decisión administrativa fue el previsto por el ordenamiento jurídico al atribuir la competencia, pues de lo contrario, se configuraría la causal de anulación que se denomina la desviación de poder, causal que en el caso del ejercicio de competencias discrecionales cobra mayor trascendencia, en cuanto uno de los límites de la discrecionalidad es precisamente la finalidad establecida en la ley.

La *forma*: el titular del control judicial debe verificar si el acto discrecional fue expedido con el cumplimiento de los requisitos formales y de procedimiento exigidos por el ordenamiento jurídico para tal efecto, o si se presenta algún vicio de forma.

Los *motivos*: el juez deberá establecer, en primer término, la existencia real de los hechos invocados como causa del acto discrecional y si habiendo sido invocados por la administración como motivo del acto, son los previstos por la ley como fundamento de hecho de la correspondiente decisión administrativa.

Una vez confrontado lo anterior falta por controlar la evaluación de esos hechos, los medios utilizados por la administración y la apreciación de las consecuencias de esos hechos y de esas medidas, y es allí en donde surge el concepto de oportunidad y conveniencia, con el interrogante de si puede ser objeto de control por parte de los jueces.

2. Control de la oportunidad y de la conveniencia

En este aspecto radica la discrecionalidad de la administración, para precisar el momento de decidir algo que sea conveniente ante determinadas circunstancias especiales, las cuales pueden ser apreciadas por la autoridad administrativa y es por ésta última afirmación que se ha considerado que no puede existir control judicial respecto de la oportunidad y mérito en las decisiones que emanan de competencias discrecionales, en cuanto esa discrecionalidad corresponde a la administración y si el juez entra a controlarla, se estaría acabando con la separación de poderes en cuanto la discrecionalidad sería del

juez, cuando este pudiera entrar a establecer la oportunidad o inoportunidad de las decisiones administrativas.

Sin embargo, la oportunidad y conveniencia, no pueden considerarse como cuestiones ajenas a la legalidad, por el contrario la competencia para establecer esa oportunidad o conveniencia surge para las autoridades administrativas, lo mismo que la existencia de éstas, por expresa disposición legal, y el fin de la actividad está también contenido en la ley.

La autoridad administrativa en desarrollo de una competencia discrecional que le ha sido atribuida por la ley, puede analizar la oportunidad y conveniencia de su decisión para el logro de los fines propios del Estado y es por esto que no puede considerarse que la discrecionalidad para establecer la oportunidad y conveniencia administrativa sea una facultad extralegal.

Por el contrario, la oportunidad o conveniencia integran la juridicidad en cuanto son elementos que “integran la potestad jurídica que el legislador ha conferido al administrador, habilitándolo para que pueda realizar su función de tal en orden a satisfacer las necesidades públicas²⁰.”

Así el control judicial de la discrecionalidad podrá referirse también a la oportunidad y conveniencia de la decisión, ya que esa discrecionalidad estará limitada por la ley misma y no se concibe que la ley otorgue ese poder público para que con las características que le son propias a las potestades públicas, se expidan medidas inoportunas, inconvenientes o ineficaces.

Es cierto, que para la administración es necesaria la potestad discrecional, en cuanto la ley no puede regular y prever todas las circunstancias que pueden rodear una decisión administrativa, pero esto no implica el que la administración actúe desconociendo la juridicidad conformada por la ley misma que regula sus competencias y que cubre toda actuación de la administración como función subordinada que es.

Por lo tanto, la oportunidad y conveniencia de las decisiones discrecionales son fiscalizables por el juez, sin que pueda suplantar a la autoridad administrativa.

II. La discrecionalidad en el derecho colombiano

En el derecho colombiano el estudio de la discrecionalidad administrativa y su control judicial, ha sido objeto de desarrollos doctrinarios y de decisiones jurisprudenciales que recogen la evolución del derecho administrativo en la materia y que han tenido también consagración en la legislación positiva.

²⁰ DROMI, J. R.: *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Opus cit, pág. 91.

A continuación se presentarán aquellas decisiones jurisprudenciales, tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado que permiten conocer sus orientaciones sobre el tema en primer término en relación con los actos de gobierno o actos políticos, para luego precisar dicha evolución en relación con los denominados actos discrecionales.

A. Actos Políticos o de Gobierno

En relación con los denominados actos políticos o de gobierno, en el derecho colombiano se ha presentado una importante evolución que va desde su exclusión del control jurisdiccional hasta la situación actual de existencia de una norma contenida en el Código Contencioso Administrativo que, expresamente, dispone que están sujetos al control de la jurisdicción administrativa.

En efecto, inicialmente, el Consejo de Estado consideraba que los denominados actos políticos o de gobierno no podían ser objeto de control judicial por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Así lo precisó en la Sentencia de 28 de Enero de 1976. Expediente 1498. Consejo de Estado, C. P. CARLOS GALINDO PINILLA, en la cual afirmó que no tenía competencia para pronunciarse de fondo, y decidió declararse inhibido, por considerar que el acto impugnado, que era una comunicación del Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores al Embajador de Venezuela en Colombia, sobre la soberanía en el Archipiélago de Los Monjes, era un acto de gobierno, no un acto administrativo, en cuanto había sido expedido en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político, y por ello trascendía el ámbito interno del Estado.

La decisión no fue unánime y en su Salvamento de Voto, el H. Consejero Dr. HUMBERTO MORA OSEJO, además de hacer un juicioso estudio de la doctrina de los actos de gobierno, argumentó que el concepto de acto de gobierno para neutralizar el control jurisdiccional había sido dejado ya por la doctrina y los conceptos de acto político y acto administrativo no son antitéticos por cuanto el acto político es solamente una modalidad específica del acto administrativo, y también debe ser objeto del control jurisdiccional, toda vez que en el derecho colombiano, ni la Constitución Nacional, ni la ley consagraba dicha figura de los actos de gobierno para excluirlos del citado control.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia cuando actuaba como juez de constitucionalidad, se pronunció sobre el tema de los actos de gobierno y su control judicial, y en la *Sentencia de 5 de Agosto de 1982*. Corte Suprema de Justicia. M. P. MANUEL GAONA CRUZ, en un todo de acuerdo con los planteamientos del salvamento de voto citado y en contra del concepto fiscal,

la Corte juzgó la legalidad de un decreto por medio del cual el Presidente de la República levantó el estado de sitio, es decir un acto político o de gobierno.

En dicha providencia la Corte Suprema de Justicia aceptó que el acto proferido por el Presidente de la República, mediante el cual se levantó un estado de sitio, es un acto de gobierno y precisó que “tanto el acto político o de gobierno como el acto administrativo discrecional son actos jurídicos”.

Afirmó, también la H. Corte que:

... Acto de gobierno y acto jurídico no son incompatibles: simplemente, aquél es una modalidad especial de éste....

...El poder discrecional o el poder gubernamental no son poderes arbitrarios o incontrolables jurídicamente, sino reglados. De suyo, el poder es apenas facultad, atribución o competencia asignada por el orden jurídico, posibilidad siempre reglada y nunca ilimitada de actuar y de expedir actos con efectos jurídicos (possum); el poder gubernamental no es potestad política, arbitraria, omnímoda u originaria (potestas) de decisión o actuación. El nuestro es un Estado de Derecho, no un Estado Suprajurídico o solamente político...

... Aún los actos de gobierno y los actos discrecionales están sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad en cuanto a sus aspectos de validez, o sus presupuestos de orden normativo, a su competencia de expedición y de control y a su conexidad, en lo relativo a los móviles y a las finalidades invocadas que los justifiquen frente al orden jurídico como válidos y eficaces...

La mencionada decisión tuvo varios salvamentos de voto con diferentes argumentos de discrepancia, y, entre ellos, el de la imposibilidad para la Corte de juzgar los actos políticos o de gobierno.

La discusión sobre si los actos políticos o de gobierno podían ser controlados por la jurisdicción administrativa continuó y en el año de 1984, cuando se modificó el Código Contencioso Administrativo, mediante el Decreto Ley 1 de 1984, en su Artículo 82 se hizo referencia a los actos políticos o de gobierno, y al precisar el objeto del control judicial de la administración se previó que la jurisdicción contencioso administrativa también juzgaría los actos políticos o de gobierno, pero sólo por vicios de forma.

Dicha norma implicó un avance importante en cuanto ponía fin a la discusión sobre la competencia de la jurisdicción administrativa para juzgar actos políticos o de gobierno, pero fue cuestionada en cuanto el mencionado control se limitó a los vicios de forma.

Esta disposición de limitar el control de los actos políticos o de gobierno solo por vicios de forma, fue demandada por considerar que su contenido implicaba "...la clara y expresa exclusión del control efectivo y constitucional sobre los actos políticos o de gobierno, como si estos fueren ajenos al orden jurídico..."

El demandante afirmó, también que:

...

Y de otro lado al quedar sin control integral "los actos políticos o de gobierno", si estos llegasen a conculcar los derechos de los particulares, la conducta gubernamental no estaría sujeta a ningún freno jurídico y por lo tanto quedaría impune y los derechos de los particulares totalmente desprotegidos y vulnerados, precisamente, por quien más les debe protección. Y esto no sería sino la imagen misma de la inconstitucionalidad, de la ilegalidad y el desafuero...

...la norma acusada al dejar al Consejo de Estado solamente el control de los actos políticos o de gobierno en su aspecto meramente formal, reduce a la máxima entidad jurisdiccional en lo contencioso administrativo a un simple papel de examinador, cotejador o aforador de presupuestos meramente adjetivos o formales... restringe en tal forma la labor del Consejo, que lo coloca en una simple condición de secretario, y hace con ello nugatorio el principio de la separación de las ramas del poder y el debido control recíproco que entre ellas necesariamente debe existir...

La Corte Suprema de Justicia decidió dicha demanda en la *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984. Proceso 1227*. Corte Suprema de Justicia. M. P. RICARDO MEDINA Moyano, y en dicha sentencia declaró inexecutable la expresión "*pero solo por vicios de forma*" contenida en el demandado inciso 2º del Artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

La Corte Suprema de Justicia fundamentó su decisión en la afirmación de que la Constitución Nacional no consagra dicha distinción entre los actos proferidos por la Administración y tampoco establece ninguna distinción en relación con el control jurisdiccional de los mismos.

Afirma que los *actos políticos o de gobierno* son apenas una modalidad de los actos administrativos, todos los cuales, aún los de carácter discrecional deben ser objeto del control jurisdiccional, y, no solamente, por vicios de forma, sino también con relación a la validez en su expedición y a sus motivos y finalidades.

Y en relación con la autonomía de la jurisdicción contencioso administrativa, consideró que:

... la norma cuestionada interfiere indebidamente en la autonomía de la jurisdicción contencioso administrativa, como quiera que dicho precepto viene en el fondo a establecer restricciones contrarias a la Constitución, a las facultades de los jueces, dejando de lado como se ha visto que la facultad de juzgar los actos de la administración es de origen constitucional, como también es de estirpe constitucional el principio al tenor del cual la jurisdicción y todos los organismos que la componen, tribunales y juzgados, deben actuar en el ejercicio de las funciones a ellos otorgadas por la misma Carta, con plena autonomía...

Desde entonces, de acuerdo con la anterior evolución, en el derecho colombiano los actos políticos o de gobierno son objeto de control jurisdiccional por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por vicios de forma o por cualquier otra causal.

Adicionalmente, debe anotarse que por expresa disposición constitucional, algunos actos del ejecutivo de los que se han calificado tradicionalmente como actos políticos o de gobierno son controlados por la Corte Constitucional.

En efecto, según lo dispone el Artículo 241, numeral 7 de la Constitución Nacional, en concordancia con el Artículo 213 *ibidem*, corresponde a la Corte Constitucional el juzgamiento automático del decreto que profiera el Presidente de la República, para declarar un estado de conmoción interior, el cual siempre ha sido considerado como un acto político o de gobierno.

Y la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los actos políticos o de gobierno y el alcance y contenido de su control.

En la *Sentencia C-802-02*, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO precisó:

... sin desconocer que se trata de un acto que se proyecta políticamente, es evidente que el decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior es un acto jurídico que *contiene elementos reglados por la propia Constitución y un elemento discrecional también reconocido por la Carta*. Los elementos reglados están expresamente señalados en el artículo 213 según el cual el Presidente sólo puede declarar el estado de conmoción interior “en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del estado o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”. *El elemento discrecional consiste en que el Presidente de la República es competente para apreciar la existencia de estos hechos y calificar su gravedad y su trascendencia así como para decidir si declara o no declara el estado de conmoción interior.*

Tratándose de un acto jurídico, es claro que la declaratoria del estado de conmoción interior es un decreto legislativo de desarrollo que está sometido a controles jurídicos pues estos se orientan a determinar si se han cumplido o no los límites impuestos por el constituyente. (la cursiva es mía)

Igualmente afirmó la Corte Constitucional que el mencionado control comprende los aspectos de forma y los aspectos de fondo de los actos en cuestión y concluyó sobre el tema, que:

En suma, el control de constitucionalidad de la declaratoria del estado de conmoción interior, como control jurídico y, en consecuencia objetivo, le plantea a la justicia constitucional la necesidad de verificar tres presupuestos: Un presupuesto fáctico, un presupuesto valorativo y un juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía.

El presupuesto fáctico remite a un juicio objetivo de existencia que debe resolverse en una verificación positiva.

El presupuesto valorativo remite a un juicio objetivo de ponderación orientado a determinar si ha existido apreciación arbitraria o error manifiesto en la valoración del presupuesto fáctico que el constituyente confía al Presidente de la República.

Finalmente, el juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía remite a un juicio objetivo de ponderación dirigido a establecer si en la apreciación realizada por el Presidente acerca de la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía para conjurar la crisis incurrió en apreciación arbitraria o en error manifiesto...

Adicionalmente al control mencionado en relación con el acto que declara un estado de conmoción interior, también son objeto de control automático por parte de la Corte Constitucional, los decretos proferidos con fundamento en la declaratoria de un estado de conmoción interior, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 213 de la Constitución Nacional.

En síntesis, en los términos expuestos, los actos políticos o de gobierno son objeto de control jurídico, en relación con sus aspectos de fondo y de forma, ya sea por la Jurisdicción Contencioso Administrativa como norma general o por la Corte Constitucional de conformidad con los expresos mandatos en relación con los actos que declaran los estados de conmoción interior y los que se profieran por el Presidente de la República con fundamento en dicha declaratoria.

B. Actos discrecionales

También con relación al ejercicio de competencias administrativas de carácter discrecional, nuestros tribunales y especialmente el Consejo de Estado, se han pronunciado, y aunque en alguna oportunidad siguió la tendencia doctrinaria de excluir del control judicial los actos que emanaban de competencias discrecionales, desde hace ya bastante tiempo han sostenido, en diferentes providencias, que se controla la legalidad de todas las actuaciones administrativas, que lo discrecional es controlable por vía jurisdiccional, que la discrecionalidad no constituye una excepción al principio de legalidad y que la competencia discrecional no es ilimitada sino que por el contrario, encuentra sus límites en la misma ley que la atribuye y en la competencia, las formalidades, la finalidad y los motivos del acto administrativo que la concreta²¹.

Lo anterior fue consagrado en la legislación positiva y en el Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 1 de 1984, se incluyeron normas fundamentales en relación con el poder discrecional de la administración, sus límites y su control.

En efecto, el Artículo 36 del citado Código dispone:

Decisiones Discrecionales: En la medida en que el contenido sea discrecional, debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

La norma transcrita, por primera vez en la legislación positiva colombiana hizo referencia expresa a las “*decisiones discrecionales*”, y estableció sus límites así:

- *la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza.* Este límite está contenido en la norma misma que otorga la competencia de que se trata e indica que las decisiones discrecionales siempre deben tener como finalidad, la que tuvo la ley que atribuyó la competencia y por lo tanto, aunque el titular de la competencia, según los términos de la misma ley, tenga la posibilidad de evaluar circunstancias de hecho, de resolver la oportunidad de su decisión, y de escoger el contenido de la misma, dicha decisión siempre tendrá que coincidir en su finalidad con la ley que le otorgó la competencia ejercida.

²¹ Sobre el tema pueden citarse las siguientes sentencias: Sentencia de 11 de Mayo de 1943. Consejo de Estado. M. P. CARLOS RIVADENEIRA, Sentencia de 22 de Abril de 1966. Consejo de Estado. M. P. JORGE A. VELÁSQUEZ, Sentencia de 3 de Abril de 1975. Consejo de Estado. M. P. ÁLVARO PÉREZ VIVES, Sentencia de 28 de Octubre de 1980. Expediente 4419. Consejo de Estado. M. P. IGNACIO REYES POSADA.

- *la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirvan de causa.* Este otro límite, que establece la norma trascrita para las decisiones discrecionales, indica que dichas decisiones deben ser proporcionales a los hechos que les sirvan de causa, lo cual indica que los hechos y circunstancias que sean el motivo de la decisión discrecional, pueden ser evaluados por su titular, pero el contenido de dicha decisión debe, siempre, ser proporcionado con dichos motivos.

Lo anterior debe relacionarse con el Artículo 35 del Código Administrativo, en el cual, en desarrollo de lo previsto en la parte final del Artículo 5º de la Ley 58 de 1982, se establece que toda decisión administrativa que afecta a particulares, *debe ser motivada al menos en forma sumaria.*

Si, de acuerdo con lo anotado, uno de los límites de las competencias discrecionales es el relativo a los motivos que originan su ejercicio y a la proporcionalidad entre éstos y la decisión discrecional, esta obligación para la administración de motivar sus decisiones y entre ellas las discrecionales, es la que va a permitir que los administrados conozcan cuales fueron los motivos de la decisión discrecional que los afecta, en los cuales siempre hay una apreciación subjetiva, y verificar si la decisión tomada es proporcional a dichos hechos y circunstancias que la administración tuvo en consideración y motivaron su decisión discrecional.

Esto constituye un avance importante en la legislación colombiana ya que se hace obligatorio para la administración expresar la causa de sus actos, con lo cual además se termina la controversia sobre si la motivación de un acto administrativo puede ser posterior a su expedición, ya que la norma establece que debe ser motivada en el momento de su “adopción”.

También es del caso hacer referencia al Artículo 84 del mismo Código Contencioso Administrativo, en el cual se consagran las causales de anulación de los actos administrativos y, expresamente, se mencionan entre las causales que se pueden invocar para solicitar la nulidad de un acto administrativo, las causales de falsa motivación y de desviación de poder, es decir las que se refieren a los motivos y a las finalidades como elementos de los actos administrativos y los cuales vinculados por su proporcionalidad, son los dos aspectos que la legislación prevé como límites al ejercicio del poder discrecional.

Será entonces precisamente la jurisdicción administrativa, la que al ejercer el control judicial de dichos actos verifique, también, si se han respetado los límites establecidos por la legislación positiva, a que se ha hecho referencia.

Estas normas de la legislación positiva colombiana, recogen los planteamientos teóricos sobre el tema de la discrecionalidad administrativa y han sido objeto de pronunciamientos por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que se mencionarán a continuación y que marcan la evolución jurisprudencial sobre la materia.

1. Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados

Un primer tema es el relativo a la *discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados*, concepto éste último que generalmente se menciona en relación con los mecanismos de control de los poderes discrecionales de la Administración Pública²².

La jurisprudencia del Consejo de Estado, al abordar el tema de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, inicialmente establecía una distinción radical entre ellos y consideraba que se referían a fenómenos diferentes que se excluían entre sí, siguiendo los planteamientos que en el derecho español había hecho el Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, en su obra “La lucha por la Inmidades del Poder” cuando afirmó que:

...
En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la Ley por hipótesis no nos da resuelto, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, Ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la Ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenderse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeter-

²² Sobre el tema el aporte más conocido es la obra del profesor F. SAIZ MORENO titulada “Conceptos Jurídicos Indeterminados, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa”. Editorial Civitas, Madrid, 1976. También puede consultarse en la obra *Derecho Procesal Administrativo* en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, dirigida por el profesor J. C. CASSAGNE, el artículo titulado “Proceso Administrativo y Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa”, del profesor H. M. POZO GOWLAND. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires, 2004, págs. 275 y siguientes, entre otros.

minado que su precepto emplea. Justamente por esto, *el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley*, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales”²³. (la cursiva es mía)

En el sentido de que los conceptos jurídicos indeterminados en su aplicación implican la existencia de una única solución justa al caso, y por tanto excluyen la discrecionalidad, se pronunció el Consejo de Estado en la *Sentencia de 9 de Junio de 1998. Sección Tercera. Expediente: AC-5814*. M.P. JUAN MONTES HERNÁNDEZ, en la cual afirmó, textualmente:

...
Cuando la Carta Política se refiere a “organizaciones sociales”, se está ante la presencia de los denominados por la hermenéutica constitucional “conceptos jurídicos indeterminados”, los cuales requieren concretización por parte del juez en orden a evitar que *discrecionalmente se escoja una acepción entre varias soluciones posibles, bajo criterios de conveniencia u oportunidad, ajenos a un juicio en derecho*.

La significación destinada a tener relevancia jurídica debe ser aquella que sea coherente con el uso social que la expresión semántica tiene en el contexto cultural en donde está vigente, es decir, el ámbito nacional, e igualmente debe ser coherente con el sistema jurídico en el cual se inscribe y está llamada a producir efectos.

... (la cursiva es mía)

Pero la doctrina y la misma jurisprudencia han venido cambiando dicha comprensión de los conceptos jurídicos indeterminados y se ha planteado que éstos pueden considerarse como fuente de la discrecionalidad administrativa.

En efecto, el Consejo de Estado en la *Sentencia de 30 de Noviembre de 2006, Expediente 18059*, M.P. Dr. ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ así lo plantea, y afirma, expresamente, sobre el tema:

...
La comprensión de los conceptos jurídicos indeterminados que, a juicio de la Sala, se acompasa con el relativismo axiológico moderado que imponen el principio del pluralismo y el propio principio democrático, es la que establece entre aquéllos y la discrecionalidad administrativa, *una diferencia apenas*

²³ GARCIA DE ENTERRIA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 1995, págs. 34-38.

gradual, no cualitativa o radical, en la medida en que, según las circunstancias del caso concreto, tales conceptos indeterminados pueden constituirse en fuente de discrecionalidad administrativa, de la manera que se explicará a continuación que es como debería entenderse la facultad discrecional. Naturalmente, ello no ocurrirá en aquellos supuestos en los que el concepto jurídico indeterminado provea al operador jurídico administrativo o judicial de suficientes elementos de juicio como para poder tener por acreditado que el caso se encuadra, sin lugar a dudas, en alguna de las zonas de certeza del concepto positiva o negativa, con lo cual, el concepto claramente se aplica o se inaplica. Pero sí es lo que sucede en los casos dudosos, penumbrados, o neutros, los que caen en la zona o halo de incertidumbre del concepto, en los que una decisión estrictamente lógico-deductiva no es posible, y se hace necesario recurrir a argumentos o elementos de juicio de naturaleza técnica, económica, política, de conveniencia u oportunidad, etcétera que, como se explicó, pueden ser racionales o razonables, más no concluyentes o definitivos, con el fin de arribar a la formulación de un criterio objetivo y razonable de decisión, que es, como se verá, lo mismo que cabe esperar que realice el operador jurídico que ejercita una facultad discrecional.

... (Resaltado del texto)

En esta misma providencia, el Consejo de Estado aborda el tema de la discrecionalidad administrativa en relación con las competencias de la Administración en materia de un contrato de concesión, y con importantes citas doctrinarias, precisa el concepto de discrecionalidad administrativa.

Al respecto afirma que en un Estado de Derecho no es posible aceptar las que denomina definiciones negativas o formales de la discrecionalidad, las cuales permiten considerar que la administración tiene libertad de escoger cualquier alternativa justa para el derecho o indiferentes jurídicos, sino que el alcance válido del concepto de discrecionalidad, que resulta acorde con la función, constitucionalmente, asignada a la administración en un Estado de Derecho, consiste en la “habilitación para completar el supuesto de hecho de la norma habilitante”²⁴.

Agrega el Consejo de Estado en la mencionada sentencia:

...

Esta concepción de la discrecionalidad administrativa es, a juicio de la Sala, la que ajusta la figura en cuestión a las exigencias constitucionales en el sentido de que la actuación administrativa debe siempre responder a criterios objetivos (obligación que por supuesto no decae en los casos en los cuales tales criterios

²⁴ Para adoptar dicha posición el Consejo de Estado se fundamenta en la doctrina, y cita al respecto la Tesis Doctoral, dirigida por el Profesor L. ALFONSO y sustentada por el Profesor H. A. MARÍN HERNÁNDEZ, titulada *Tratamiento de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa colombiana*, en la Universidad Carlos III de Madrid, en Junio de 2005.

no vienen predeterminados por la ley dada la escasa densidad regulativa de la misma, como, por cierto, ocurre en el caso -sub júdice, en el que las facultades atribuidas al Ministro de Transporte para determinar las tarifas y lugares de ubicación de las casetas de peaje, se le adscriben dejándole un muy amplio margen para valorar con base en qué criterios lo hará), proscribiéndose la adopción de decisiones arbitrarias –artículo 209 de la Constitución Política.

Es ésta, igualmente, a juicio de la Sala, la concepción de la discrecionalidad administrativa que subyace a la redacción de la norma que, en el Código Contencioso Administrativo colombiano, se ocupa de la figura en cuestión. No de otra forma habría de entenderse la exigencia formulada por el artículo 36 de dicho Estatuto en el sentido de que el contenido discrecional de una decisión administrativa debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, así como ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Sólo un criterio objetivo y razonable que justifique la elección entre la pluralidad de alternativas de las que dispone la administración en el caso concreto, permitirá constatar si la opción por la que se decanta respeta los límites establecidos por el referido artículo 36 C.C.A.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, es que se han formulado definiciones de la discrecionalidad administrativa desde enfoques que combinan las dos perspectivas que se acaba de comentar –conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro–, con lo cual ofrecen probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como “...el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”²⁵.

2. Discrecionalidad Administrativa y discrecionalidad técnica

Otro tema que está relacionado con el de la discrecionalidad de las competencias administrativas, es el relativo a la discrecionalidad técnica y su incidencia en el control judicial de la actividad administrativa, cuando la decisión se fundamenta en criterios técnicos.

Lo anterior ha venido tomando mayor importancia en cuanto, a la vez que se han aumentado las actividades a cargo del Estado, dentro del concepto del Estado Social de Derecho, también en el ejercicio de esas actividades, el Estado

²⁵ BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa*. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 100.

ha acudido a una creciente tecnificación en relación con sus actuaciones y por lo tanto, el ordenamiento jurídico que enmarca el ejercicio de la actividad administrativa, incluye normas y conceptos técnicos, que necesariamente inciden en la decisión de la administración, y por lo mismo es necesario precisar cual es la incidencia de dichos criterios técnicos como límite al ejercicio de competencias discrecionales.

La jurisprudencia en Colombia se ha ocupado del tema, en diferentes sentidos.

En efecto, la Corte Constitucional en la *Sentencia T-427-92*, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, afirmó que:

... tradicionalmente, la Constitución y la ley reconocen un campo de poder discrecional al ejecutivo, *immune al control de los jueces*. Su fundamento se encuentra en *la mayor capacidad técnica de la administración* para tomar determinado tipo de decisiones, cuya valoración no pueden hacerla más que los órganos especializados o las instancias del poder político-administrativo... (cursiva mía).

Con la anterior afirmación, pareciera que la Corte Constitucional acoge la tendencia doctrinaria según la cual cuando se está ante una competencia administrativa discrecional en la cual se aplican conceptos técnicos, la decisión respectiva no puede ser objeto de control judicial, sin embargo, más adelante, en la misma providencia se lee:

...
Límites doctrinales a la discrecionalidad

5. La moderna doctrina administrativista ha impuesto, en gran parte del mundo occidental, límites a la discrecionalidad administrativa. Se ha dicho que el poder discrecional es el verdadero “caballo de Troya” del derecho administrativo en un Estado de derecho. Sin embargo, *con el auge del control constitucional ejercido por los Tribunales o Cortes Constitucionales el dogma de la discrecionalidad ha cedido frente a la utilización de diversos controles, tales como la desviación de poder -teoría desarrollada de tiempo atrás por el Consejo de Estado francés y acogida por nuestros tribunales administrativos-, el control de los hechos determinantes, las técnicas de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, el control a partir de los principios generales del derecho, etc...* (Cursiva mía)

Es decir que en dicha sentencia de tutela, la Corte Constitucional descarta la posibilidad de juzgar las decisiones que impliquen una discrecionalidad técnica, pero por otra parte, precisa expresamente que el “dogma de la discrecionalidad” ha cedido en cuanto existen diferentes mecanismos de

control como el relativo al análisis de los hechos determinantes, las técnicas de interpretación, los conceptos jurídicos indeterminados, los principios generales del derecho, etc., que son los criterios que de manera general se han aceptado desde el punto de vista doctrinario.

Por otra parte, en la *Sentencia T-418 de 1993*, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, la Corte Constitucional rechaza la posibilidad de que el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración, con base en los nuevos conceptos aportados al proceso judicial por peritos. Y al plantearse el interrogante de si es posible a través de la tutela ordenar a la administración pública la adopción de ciertas especificaciones técnicas de una obra pública, respondió que no y precisó que lo que debe examinar el juez de control, es que la decisión sea razonable tal como lo exige el Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Dijo la Corte Constitucional:

...

La Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que en el estudio de asuntos en los que se encuentre involucrado el análisis de temas científicos o técnicos, los jueces de tutela, cuando decidan amparar un derecho, no deben llegar en todo caso a inmiscuirse en dichos asuntos, fruto de disciplinas científicas diferentes al derecho, para efectos de obligar a una autoridad administrativa a realizar algo técnico de una cierta manera. Ahora bien, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al revisar la decisión producto de la discrecionalidad, debe examinar si ésta es razonable o arbitraria, de conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo...

Y, luego de afirmar que no es posible confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, porque la primera está rodeada de juridicidad y la segunda de antijuricidad y el acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, o sea los intereses públicos, acude a la doctrina para cuestionar el tema de la discrecionalidad técnica, en los siguientes términos:

...

Discrecionalidad técnica es, según GARRIDO FALLA²⁶, aquella en la cual la emisión del acto administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración Pública. A criterio de la Sala de Revisión, el derecho público colombiano es ajeno a la “discrecionalidad técnica”, por las siguientes razones:

1. Porque las reglas técnicas no pueden estar supeditadas a la discrecionalidad. A lo sumo la técnica puede quedar supeditada a la elección de un método, sistema o procedimiento científico, pero nunca a la discrecionalidad. Las reglas técnicas obedecen a conclusiones científicas, y éstas derivan de criterios que nada tienen que ver con la discrecionalidad, por ejemplo: la capacidad de una presa o la estructura de un puente.

²⁶ Nota original de la sentencia citada: GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 213.

2. Porque aún cuando una conclusión “técnica” puede lograrse mediante distintos métodos, igualmente eficaces, ello no siempre sucede así, pues puede ocurrir que para llegar a la conclusión deseada exista un método único, cuya utilización sea entonces ineludible.

3. Porque para llegar a una conclusión científica o técnica, el elemento o factor “interés público” es irrelevante. Este interés sólo se valora y entra en juego cuando, conocido un informe técnico, haya de resolverse si, con base en tal informe, corresponde o no dictar determinado acto administrativo para satisfacer exigencias del interés público.

No hay, pues, discrecionalidad técnica como dice ALESSI²⁷. Discrecionalidad técnica es un concepto antagónico. Cuando hay discrecionalidad no puede hablarse de técnica y cuando hay técnica no puede hablarse de discrecionalidad. **Lo técnico, en cuanto tal, no se valora sino que se comprueba. Lo discrecional no se comprueba sino que se valora**, como dice GARCÍA TREVIJANO FOS en su libro tratado de Derecho Administrativo²⁸.

Tampoco puede haber discrecionalidad para requerir o no un dictamen técnico indispensable para resolver una cuestión administrativa. En conclusión, los jueces de tutela de la República deben evaluar la discrecionalidad y fallar en derecho, sin invadir las ciencias técnicas, fruto del conocimiento científico o técnico de expertos (...) Encuentra la Sala de Revisión que por decisión errónea del Juzgado Civil Municipal de Turbo se ordenó la construcción del puente sobre el caño Puerto Tranca, de conformidad con unas especificaciones científicas que se consideraron por el Juez de Tutela como las más adecuadas a los intereses de la comunidad” (negritas del texto).

Sin embargo, también existen providencias en sentido contrario, es decir aceptando la posibilidad de controlar las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, utilizando si fuere necesario nuevas pruebas técnicas. Así lo dijo la Corte Constitucional en la *Sentencia T-587 de 1998*, en la cual precisó:

...

A este respecto, podría afirmarse que siendo la cuestión debatida de naturaleza técnica, la entidad tiene un grado importante de discrecionalidad que le permite definir, según sus propios criterios, si conviene o no al desarrollo de Audrey la adopción de María del Pilar. En efecto, la solución de esta cuestión no es meramente jurídica sino que requiere de apreciaciones técnicas o científicas

²⁷ Nota original de la sentencia citada: ALESSI: *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, pág. 215, Milano 1960; GARCÍA TREVIJANOS FOS: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1º, págs. 385-389. Citados por MARIENHOFF, M. S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Tercera Edición, Servicios Públicos y Actos de la Administración Pública, Editorial Abeledo-perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 430.

²⁸ Nota original: TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Tercera Edición, Madrid, 1974, pág. 432.

que, según esta tesis, resultan judicialmente incuestionables. Esta posición se funda en la teoría de la llamada “discrecionalidad técnica”, según la cual las decisiones técnicas pueden ser abordadas desde múltiples doctrinas y, en consecuencia, dar lugar a variadas decisiones, *siendo la administración y no el juez, la encargada de optar, entre las distintas alternativas, por aquella que más convenga a los intereses generales...* (cursiva mía)

Y a pesar de lo anterior, en la misma providencia, la Corte Constitucional afirma que:

...

No obstante, la teoría de la discrecionalidad técnica ha sido ampliamente cuestionada, hasta el punto de que, en la actualidad, nadie puede, razonablemente, sostener que una actuación administrativa que deba fundarse en criterios técnicos carezca de control judicial. Nada obsta para que los datos científicos que sirven para tomar una determinada decisión administrativa puedan ser judicialmente controvertidos a fin de precisar si resultan razonables desde perspectivas científicas aceptables. Lo anterior no implica que el juez sustituya a la administración. Se trata, simplemente, de que ésta no se escude en la antigua teoría de la “discrecionalidad técnica” para tomar decisiones arbitrarias, sin que por ello resulte afectada su facultad de optar, entre varias decisiones posibles, por la que considere más adecuada. En otras palabras, una decisión basada en datos técnicos o científicos no puede apoyarse en meras especulaciones originadas por el criterio subjetivo del funcionario público, sino en la reglas propias de la técnica o de la ciencia de que se trate y, por lo tanto, en criterios objetivos, ciertos y confrontables.

Es decir que el Consejo de Estado acepta el control judicial de los actos administrativos fundamentados en criterios técnicos.

En la *Sentencia de 31 de Octubre de 2007, Expediente 13503*, M.P. Dr. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, el Consejo de Estado, Sección Tercera, luego de afirmar que no es válido considerar que el derecho público colombiano sea ajeno a la discrecionalidad técnica, precisó:

...

quiere la Sala ser enfática en sostener que la naturaleza técnica de las decisiones administrativas, incluso, el reconocimiento de la posibilidad de existencia de márgenes de apreciación o de discrecionalidad para su adopción, de ninguna manera se traduce en la consagración de ámbitos de actividad de la Administración inaccesibles al control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo. Las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, incluso en aquellos casos que planteen “cuestiones técnicas complejas”, al igual que la entera actividad de los poderes públicos en un Estado de Derecho, se encuentran sometidas por completo al ordenamiento jurídico y, por tanto, son susceptibles de fiscalización judicial. Además,

afirmar la exclusión del control judicial respecto de las comentadas decisiones vulneraría flagrantemente el derecho al acceso a la Administración de Justicia de los ciudadanos afectados por la decisión correspondiente. Por tanto, las especiales idoneidad técnica, estructura organizativa y preparación funcional que en algunos casos caracterizan –y que en lo posible deben caracterizar, como regla general,– a los órganos administrativos encargados de decidir con base en valoraciones técnicas, pueden justificar que en sede administrativa sus decisiones, una vez firmes, no sean susceptibles de revisión o sustitución por parte de otros órganos en los cuales no concurren tales calidades, pero tal exclusión no puede entenderse extensiva a las autoridades judiciales.

c. En consecuencia, cuando se trate de litigios en los cuales se controvierta la legalidad de decisiones administrativas sustentadas en cuestiones técnicas, las autoridades judiciales no están obligadas, per se, a inclinarse por la valoración previamente efectuada por la Administración, toda vez que ello contravendría la naturaleza y los propósitos de la actividad probatoria desplegada dentro del proceso y de la función jurisdiccional misma, que tienen por objeto, precisamente, permitir a las partes obtener –o cuando menos intentar– el convencimiento del juez en favor de sus pretensiones. Y como el tribunal se halla ubicado en una posición de imparcialidad, supra partes, debe resolver la discrepancia técnico valorativa entre demandante y demandado –que se encuentran en pie de igualdad en sede judicial– apreciando la prueba pericial –en la que sin duda puede apoyarse– y la totalidad del acervo probatorio disponible, conjuntamente con el juicio técnico de la Administración, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y valorando la fuerza de convicción atribuible a las diferentes soluciones presentadas por las partes, sin estar vinculado ni por el dictamen pericial, ni por la apreciación administrativa previa.

...

3. En asuntos laborales

En sentido similar, aunque de una manera mucho más sencilla, la Sección Segunda se ha pronunciado sobre el tema del control de los actos discrecionales de desvinculación de servidores públicos, y al hacer dichos pronunciamientos ha estudiado el tema del control de la discrecionalidad, de manera cuidadosa y de acuerdo con las claras tendencias doctrinales y jurisprudenciales que indican que toda la actividad administrativa del Estado es objeto del control judicial, y ha hecho precisiones muy importantes en relación con el control de los poderes discrecionales de la Administración Pública y de los límites de dichos poderes, en materia laboral.

En efecto, en la *Sentencia de 3 de Agosto de 2006*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Actor JESÚS ANTONIO DELGADO GUANA, el Consejo de Estado precisa el concepto de las facultades discrecionales y de manera expresa, establece la razonabilidad como límite a dichas facultades,

para sostener luego la viabilidad de su control judicial y la forma como éste se ejerce.

Precisó, textualmente, el Consejo de Estado:

...

Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa **en presencia de circunstancias de hecho determinadas**, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por MONTESQUIEU, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad**

de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

...

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”

.... (negrillas y subrayado del texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T-569-08, M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL, al decidir respecto de una acción de tutela, resuelta por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, en la cual dicha autoridad judicial había negado el amparo solicitado, consideró que un acto que concreta la competencia discrecional del Comandante de Fuerza para desvincular a un soldado profesional debe ser motivado, en cuanto dicha motivación constituye un presupuesto del derecho constitucional de defensa del afectado, quien al conocer dichos motivos, va a tener la posibilidad de cuestionarlos al acudir a la jurisdicción administrativa a cuestionar la respectiva decisión y por ello “no basta con aducir en abstracto y para un conjunto más o menos amplio de personas, “razones del servicio”, pues en cada caso el retiro ha de ser objeto de análisis y de la justificación que pongan al afectado en condiciones óptimas para controvertir el acto administrativo. La motivación es así un presupuesto del derecho de defensa, por cuanto solo cuando se sabe a ciencia cierta cuál es la causa del retiro se puede recurrir o plantear con mayor acierto el problema entre los jueces competentes, cuya actuación se enfocará desde el principio en los motivos esgrimidos por la administración y no en desentrañar cuáles fueron esos motivos.”

Afirmó, además, la Corte Constitucional,

...

Según lo que se acaba de apuntar, en múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha ocupado del retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública. Lo primero que se destaca en la jurisprudencia sobre la materia es la afirmación de la constitucionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que obedece a una concepción flexible en el manejo del personal vinculado a las instituciones militares o a la Policía Nacional y esa flexibilidad está fundada, a su vez, en la importancia de las funciones asignadas a las Fuerzas Militares y de Policía y en el vínculo permanente de esas funciones, relativas a la seguridad del Estado y a la seguridad ciudadana, con el interés público.

Empero, la Corporación ha sostenido enfáticamente que aún cuando la discrecionalidad para disponer el retiro de los miembros la fuerza pública tiene fundamento constitucional, ello no significa que se pueda proceder a la desvinculación del servicio público de manera inconsulta o arbitraria, puesto que la comentada flexibilidad no autoriza el desconocimiento de principios constitucionales y “en un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin”²⁹.

Bajo las anteriores consideraciones la Corte ha estimado que “la discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto” y que no se confunde con la arbitrariedad, ya que, tratándose del retiro de miembros de la Fuerza Pública, la ley es la llamada a establecer las condiciones para el ejercicio de esa facultad discrecional y por ello debe contemplar “i) la existencia misma de la potestad, ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados, y iii) la obtención de una finalidad específica”³⁰.

En este orden de ideas, el ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública”³¹ que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”³².

El retiro discrecional “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”, sino que ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”³³.

4. En materia de Pliego de Condiciones

El Consejo de Estado en *Sentencia del 5 de Junio de 2008, Expediente 8431*, M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, al pronunciarse sobre la naturaleza

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2006. M. P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995. M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

³² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 1998. M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

³³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2006. M. P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

jurídica de la facultad de configuración de los pliegos de condiciones, luego de reiterar la distinción entre las definiciones materiales o positivas y las formales o negativas ya precisadas en anteriores providencias entre ellas en la ya citada Sentencia 13074 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Dr. ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, precisa que la configuración del pliego de condiciones permite hacer importantes precisiones en relación con las diferentes concepciones de la discrecionalidad administrativa, diferenciando al respecto las denominadas definiciones “materiales” o “positivas” de dicha figura, de las catalogadas como “formales” o “negativas” de la misma.

Y el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se refiere a las concepciones materiales o positivas, para afirmar que operan en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley y por lo tanto “... la discrecionalidad surge como autorización que se confiere -expresa o implícitamente- a la Administración, para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional.”

Y en cuanto a las definiciones formales o negativas, anota que se fundamentan no en el objeto de la facultad otorgada y el cómo ella debe ser ejercida, sino en la forma en la cual se configura, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad como un espacio o ámbito de decisión no regulado, o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador ha otorgado a la Administración con el propósito de que ésta decida de manera libre, eligiendo cualquiera de las alternativas posible para resolver, habida cuenta de que esas alternativas son jurídicamente admisibles, es decir que se trataría de indiferentes jurídicos. Y a su juicio, son estas definiciones las que hacen que la discrecionalidad sea el “Caballo de Troya” en un Estado de Derecho, como la han calificado algunos autores.

Al optar por las definiciones positivas o materiales, se refiere el Consejo de Estado, al bloque de legalidad, para precisar que el mismo está constituido no solamente por los aspectos reglados del acto administrativo, sino por los principios generales del derecho y los principios que rigen la función administrativa, y se constituyen en una técnica de control de dicha actividad, aún en aquellos casos en que pueda calificarse de discrecional.

Y entre dichos principios, considera aplicables al caso en estudio que es relacionado con las facultades que tiene la administración para la configuración de un pliego de condiciones en materia contractual, menciona el de igualdad, el de imparcialidad, el de objetividad, el de proporcionalidad, el de racionalidad y el de razonabilidad. Se refiere a cada uno de dichos principios y precisa su aplicación como instrumentos de control judicial en materia de discrecionalidad en general, y, específicamente, en relación con la facultad administrativa para configurar un pliego de condiciones.

III. Conclusiones

1. El tema del poder discrecional de las autoridades estatales ha sido objeto de estudio y evolución en el derecho colombiano siguiendo los planteamientos fundamentales que sobre la materia se han adoptado como conceptos y criterios propios del derecho administrativo.

2. La discrecionalidad se predica de las diferentes funciones estatales, en cuanto además de la Administración, los titulares de la función legislativa también tienen lo que la jurisprudencia ha denominado potestad de configuración desde luego siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico superior. Igualmente la jurisprudencia ha reconocido que quienes ejercen la función judicial también tienen capacidad de apreciación en relación con las circunstancias que inciden en su decisión, enfrente al ordenamiento jurídico que deben aplicar.

3. El tema de la discrecionalidad en el ejercicio de la función administrativa que es el que mayor relevancia ha tenido y también el que más controversia ha originado, tradicionalmente había siempre sido objeto de pronunciamiento de los jueces encargados de controlar a la Administración Pública, es decir de la jurisdicción administrativa. Sin embargo, de la anterior reseña jurisprudencial se puede establecer que, si bien en Colombia el Consejo de Estado ha orientado la evolución en la materia y ha establecido criterios y conceptos de gran importancia en relación con el control judicial de la actividad administrativa discrecional, también la Corte Constitucional ha hecho aportes fundamentales al tema, al resolver en materia de constitucionalidad de las leyes y de ciertos actos del poder ejecutivo, o al pronunciarse sobre acciones de tutela.

4. De conformidad con la jurisprudencia y la legislación positiva, el poder discrecional no es un poder ilimitado, tiene sus propios límites en los fines mismos del Estado, en la proporcionalidad de las decisiones con los hechos que le sirven de causa, y en el mismo ordenamiento jurídico que lo otorga.

5. El ejercicio del poder discrecional de la Administración es objeto de control judicial, mediante la aplicación de criterios tales como los conceptos jurídicos indeterminados, los principios generales del derecho, la discrecionalidad técnica y, en general, los diferentes mecanismos que ha establecido la doctrina para tal efecto, estando incluidos entre ellos los relativos a las definiciones de la discrecionalidad administrativa que el Consejo de Estado denomina materiales o positivas, en contraposición con las formales o negativas.

COSTA RICA

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE COSTA RICA, VIGENTE A PARTIR DEL 1 DE ENERO DEL AÑO 2008

Enrique Rojas Franco

I. Introducción

El Derecho como ciencia social cada día debe mejorar. El Derecho Administrativo igualmente como rama del Derecho Público, ha producido cambios sustanciales.

En Costa Rica, con la Constitución Política de 1949, con el artículo 49 surge la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el siguiente texto:

Establécese la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando estos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda Institución Autónoma o semi-autónoma del Estado, actuando como personas de Derecho Público y en uso de sus facultades regladas.

La Jurisdicción Civil de Hacienda, conocería de las pretensiones que se dieran contra cualquier ente público, de acuerdo a las normas y principios del Derecho Privado o Derecho Civil o Común. Se le encarga a un orden de jurisdicción especial el control de la legalidad de la función administrativa. El control que se estableció *era solamente de legalidad*, más claro, era el vicio de violación de Ley, de incompetencia rationae materia, persona, tiempo, pero no había posibilidad de controlar los hechos, motivos, o contenidos del acto ni la adecuación del acto al fin del mismo, lo cual dejó ciertas lagunas, ya que se protegía parcialmente la actividad ilegítima de la Administración Pública, al respecto podemos citar:

- Se protegía el ejercicio de los derechos subjetivos públicos, y se excluían *los intereses legítimos y derechos subjetivos que no tuvieran origen en el derecho administrativo.*
- No se controlaba la discrecionalidad administrativa.
- Solo protegía la actividad formal, dejándose de lado la *inactividad formal y material de la administración.*

En razón de los vacíos en el tema, se requirió una *reforma constitucional*, propiciada por el Magistrado Dr. GONZALO RETANA SANDÍ, para evitar y lograr controlar los vicios de exceso y desviación de poder. En este sentido, mediante Ley No. 3124 de 25 de junio de 1963, se reforma el artículo 49 Constitucional, para proteger tanto los *derechos subjetivos como los intereses legítimos* de los administrados. Esa reforma dispone literalmente:

ARTÍCULO 49.- Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

Esa reforma constitucional posibilitó fundamentalmente el control de los actos discrecionales. Con lo cual se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una noción de jurisdicción contencioso-administrativa totalmente *novedosa, completa y dogmáticamente avanzada*.

Para el magistrado Dr. ERNESTO JINESTA LOBO, con la reforma operada por virtud de la Ley No. 3124, “se extiende la fiscalización a casi todo el arco de las manifestaciones del poder administrativo, y se introduce uno de los conceptos que constituyen la clave de bóveda del derecho administrativo como lo es el de la *función administrativa*”¹.

En resumen, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, aparece en nuestra Constitución Política, en el año 1949, y la ley que aplica ese principio, es la No. 1226 de 15 de noviembre de 1950 que entró en vigencia cuando se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Ley No. 1266 de 21 de febrero de 1951².

El Dr. GONZALO RETANA SANDI, con su tesis de Doctorado Académico titulada, *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Costa Rica*, dio origen a la Ley No. 3667 del 12 de marzo de 1966, “Ley Reguladora de La Jurisdicción Contencioso Administrativa”. *El texto español del 27 de diciembre de 1956* es su principal antecedente, así como la nueva Ley 29-1998, de 13 de Julio de 1998, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³, lo cual da inicio al desarrollo en Costa Rica de una coherente Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Esta ley, vino a desarrollar en el plano *infraconstitucional* el

¹ JINESTA LOBO, E.: *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Guayacán Centroamericana S.A., 1a edición, 1999, pág. 30.

proceso administrativo plasmado por el constituyente en el artículo 49 de la Constitución Política⁴.

La ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 1966, es una Ley muy importante en Costa Rica, básica, con varios problemas, ya que había que adaptarla al sistema costarricense; asimismo, con esta ley se produjo *un sistema lentísimo en la resolución de conflictos de carácter público*, que claramente violenta el artículo 41 constitucional, el cual señala que se debe otorgar justicia pronta y cumplida.

Esta Ley implicó un retroceso en la concepción del control jurisdiccional de la legalidad administrativa producida con la reforma constitucional de 1963), en los siguientes términos: El Objetivo de la reforma constitucional de 1963, era establecer un control de legalidad de la función administrativa, *sin distinguir entre la actividad formal, y la inactividad formal o material de la administración*. Con la LRJCA, se reduce el ámbito de acción para fiscalizar, únicamente la actividad formal de la administración (se separa del bloque de constitucionalidad, se pierde el carácter pleno, subjetivo y universal que le atribuyó el constituyente a ese orden jurisdiccional), ya que el artículo 49 de la Constitución, somete toda manifestación de la función administrativa al bloque de legalidad.

Asimismo, como elemento importante en el desarrollo de nuestra jurisdicción contencioso administrativa, debemos mencionar la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, No. 6227 del 2 de mayo de 1978, la cual reguló de manera detallada los procedimientos administrativos y consagró normas de gran importancia para el control jurisdiccional de la legalidad de la función administrativa.

Como parte de este proceso, también tuvo un importante la *promulgación de la ley de la jurisdicción constitucional* mediante ley No. 7135 del 11 de octubre de 1989, ya que “con esta modificación el Juez Contencioso- Administrativo dejó de tener el rol de “codefensor” de la Constitución, puesto que a partir de 1989 le corresponde en forma exclusiva a la Sala Constitucional declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos sujetos al Derecho Público”⁵. El poder constitucional no nace, pero si se define con claridad a partir de la existencia de la Sala Constitucional como un límite al poder del Estado.

² Al respecto ver RETANA SANDI, G.: “La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica y su Reforma” en *Revista del Colegio de Abogados*, XII, San José-Costa Rica, Julio 1966.

³ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3a. Edición, Madrid, 1998.

⁴ Al respecto ver JINESTA LOBO, E.: *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Guayacán Centroamericana S.A., 1 edición, 1999, pág. 52.

⁵ *Ibidem*. pág. 56.

Finalmente, con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley No. 8508, vigente a partir del 1 de enero de 2008, se cumple la función social de protección de los administrados contra los abusos, desviaciones y excesos de la Administración Pública. Así, la *intervención del juez deviene fundamental* en imponer a la Administración el respeto a las reglas jurídicas que rigen el ejercicio de sus poderes, a contener los privilegios en los límites que le asigna la regla de derecho, a permitir a los administrados paralizar una actividad administrativa irregular, o de obtener una cierta compensación por los daños y perjuicios que ella le ha podido causar⁶.

En consecuencia, ha tomado un auge importantísimo la justicia pública en Costa Rica, por la celeridad en que se están resolviendo los procesos y básicamente por haber innovado con reglas positivas sobre las Medidas Cautelares o Profilácticas, que son propiamente la mejor respuesta que se da a la gran lentitud judicial de los procesos contenciosos administrativos.

Ahora bien, una vez realizado un análisis sucinto de la jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica, el presente trabajo, presentado al *Seminario Internacional de Derecho Administrativo* a celebrarse en Ciudad de Panamá, tiende a desarrollar las normas y principios que se han establecido específicamente sobre las *medidas cautelares* para lograr posibilitar después de más de un año de la vigencia el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo.

II. Los privilegios de la administración pública

Un privilegio es conferir derechos, poderes, atribuciones, facultades, que se le atribuyen a un sujeto de Derecho, y que se le deniegan a otros que están en una misma situación fáctico-jurídica.

Más simple, la denominación “privilegio” es diferente a “derecho”, porque al órgano privilegiado se le otorgan ciertas prerrogativas, normalmente denominadas potestades de imperio (artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública⁷) que se le niegan a otro sujeto que se encuentra en la misma situación fáctico-jurídica. De ahí la denominación “privilegio”. A la Administración Pública, en razón de los intereses públicos que tutela,

⁶ ROJAS FRANCO, E.: *Derecho Administrativo de Costa Rica*, Editorial Porrúa, México, 2006, págs. 587 y 588.

⁷ Artículo 66.- 1. Las potestades de imperio y su ejercicio, los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

2. Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.

3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.

se le otorga este tipo de privilegios, uno de los cuales es el denominado *ius imperium*, o poder de ejecutar sus actos unilateralmente, sin ayuda de un Juez y contra la voluntad del destinatario, o al menos sin solicitarle su criterio o consentimiento previo, la Administración realiza sus actos materiales o formales, unilateralmente, los cuales se presumen legítimos.

También se le define el *ius imperium* del Estado como la posibilidad jurídica de dictar actos jurídicos, que pueden ser perjudiciales para el destinatario porque le elimina, le rechaza, le modifica, le suspende derechos subjetivos o le impone obligaciones (son los denominados actos ablativos o ablatorios)⁸, pero también puede crearle situaciones jurídicas de beneficio o utilidad. El *ius imperium* es potestad o poder exclusivo del Estado, por ende, es siempre de carácter público. El típico ejemplo, es el acto expropiatorio, que incluso tiene sustento en la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 45⁹.

Ese privilegio conlleva la fuerza ejecutiva del acto administrativo, que significa la definición *prima facie*, ex officio o provisionalmente, de sus controversias con el particular, mediante la ejecución unilateral de su propia voluntad ejecutiva, o aún contra la voluntad del destinatario para ejecutar esa declaración, sin necesidad de acudir previamente a la vía jurisdiccional.

En este sentido, la Doctrina se refiere al carácter provisional del acto administrativo, porque está condicionado a la posibilidad de revocarse, anularse, o en cualquier forma, dejar sin efecto jurídico-material el acto por la misma autoridad que lo dictó o por su superior jerárquico, tanto jerárquico propio como jerárquico impropio.

También la autoridad judicial puede confirmarlo o anularlo, conforme a las potestades que tienen los Jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa, especialmente otorgadas constitucional y legalmente.

Pero en ambos hipótesis, su provisionalidad o la posibilidad de ser impugnado, es lo cierto, que ese acto una vez dictado, por la autoridad competente, le autoriza o le permite a la Administración Pública, imponer su voluntad de

⁸ La doctrina italiana ha utilizado el vocablo latino “*ablatio*”, que denota la acción de quitar, cortar o eliminar. Véase al respecto BREWER CARIAS, A.R.: *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., 1990, págs. 145-146

⁹ Artículo 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social. Al respecto en Costa Rica existe la Ley de Expropiaciones, Ley No. 7495 del 03 de junio de 1995.

inmediato (ejecutoriedad-ejecutividad), de acuerdo con su contenido, o sea, lo que el acto ordena, manda o dispone. Es claro que esta potestad se le da a la Administración, para que pueda lograr una mayor efectividad, eficiencia y rapidez en sus decisiones públicas, en la satisfacción de interés general¹⁰.

El elemento más importante de este *ius imperium* de la Administración es, que a pesar de que se establezcan recursos administrativos y jurisdiccionales que ha establecido el ordenamiento jurídico contra los actos, tales como el de reconsideración o reposición, que es el acto que se presenta al propio órgano que dictó el acto, el de la Nulidad por violación al principio de legalidad, Apelación en Subsidio, Recurso de Revisión, Recurso de Queja, ello no impide o no enerva, y ese es un privilegio, la posibilidad de que el acto se ejecute, conforme a su contenido. Pero el equilibrio procesal también permite que ese privilegio pueda ser suspendido en sus efectos jurídico-materiales. Más claro, las acciones recursorias que se intenten contra un acto administrativo per se, no suspenden su ejecución, salvo que el administrado realice una solicitud, una petición, un recurso especial y específico, para suspender los efectos jurídico-materiales del acto. Se busca que no se ejecute un acto administrativo que pueda producir daños de imposible o difícil reparación, y de esa forma lograr la efectividad de la sentencia y obtener justicia, tanto en vía administrativa, como judicial, y por qué no decirlo, incluso evitarle mayores pagos y daños a los contribuyentes, por ejecuciones de actos que podrían ser anulados posteriormente cuando se resuelvan los recursos en sede administrativa o judicialmente, o sea, cuando se resuelvan con carácter de cosa juzgada material en definitiva los actos en sede administrativa o contenciosa administrativa.

En conclusión, la acción recursoria, no paraliza la acción de la Administración, los actos se ejecutan formal y materialmente, salvo que se establezca una solicitud expresa de suspensión o *incluso el propio órgano de oficio que lo dictó o su superior jerarca tienen también ese poder, conforme al principio de autotutela administrativa.*

¹⁰ Es importante establecer la diferencia entre los términos “ejecutividad” y “ejecutoriedad”. La doctrina administrativa no se ha puesto de acuerdo en cuanto a la determinación conceptual que tienen la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo. Para RODRÍGUEZ MORO, la ejecutividad es sinónimo de *eficacia del acto*, por lo cual lo refiere a cualquier tipo de acto administrativo; por el contrario, para él, la ejecutoriedad es llevar a sus últimas consecuencias los efectos del acto, o sea, ejecutarlo. En otros términos: debe imponérsele obligatoriamente al administrado que no acepte cumplir voluntariamente con los preceptos que emanan del mismo. De lo anterior se colige que para el citado autor uruguayo la ejecutividad pertenece al acto perfecto como regla general, mientras que la ejecutoriedad es la posibilidad del acto de producir todos sus efectos o ejecutarlo hasta sus últimas consecuencias jurídico-materiales. Es lo que se conoce también en Derecho Francés como acción o ejecución de oficio o decisión “Prealable”. Ver ROJAS FRANCO, E.: *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial*, 4a Edición, Mundo Gráfico, S.A., San José, C.R., 1999, pág. 7.

Anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, ley No. 8508, vigente desde el 1 de enero de 2008, la Ley Reguladora de la jurisdicción Contencioso Administrativa, vigente desde el 12 de marzo de 1966, establecía expresamente en su artículo 91 lo siguiente:

1. La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión.
2. Procederá ésta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

De conformidad con el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa y la Jurisprudencia producida, la tutela cautelar tiene como función primordial garantizar o asegurar provisionalmente la eficacia o cumplimiento in natura de la sentencia de mérito, merced a la lentitud patológica del proceso ordinario. Bajo este predicado, las medidas cautelares en el proceso administrativo, evitan que la tutela jurisdiccional sea una *flatus vocis*, en virtud de la consolidación irreversible de situaciones jurídicas o fácticas contrarias al ordenamiento jurídico. Tales medidas tienden a mantener íntegro, sobre todo en el caso concreto de la suspensión de la ejecución, el status quo. Posee raigambre constitucional al ser parte del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva). Sobre el particular la doctrina ha reconocido, unánimemente, que una justicia tardía constituye una forma indirecta de denegación de justicia que el ordenamiento jurídico no puede tolerar sin dejar de ser coherente. Dentro de sus características, la tutela cautelar es instrumental, provisional, urgente y de *summaria cognitio*. Es más, tal y como lo faculta el artículo 92¹¹ inciso 4 de la citada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (derogada por el Nuevo Código Contencioso Administrativo, excepto para que se finalizaran los procesos jurisdiccionales en trámite), en casos especialísimos, desde el escrito de interposición y *prima facie* se podía ordenar la suspensión de los efectos del acto impugnado, siempre a petición del actor, sin que ello vulnera principio constitucional alguno, sino que por el contrario: en situaciones de urgencia posibilita el principio de tutela judicial efectiva.

Por su parte, la Ley General de la Administración Pública establece en su artículo 148:

¹¹ Artículo 92.- 1. La suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso y se sustanciará en legajo separado.

2. De la solicitud, el Tribunal dará audiencia por tres días a la Administración demandada.

3. Transcurrido el plazo, con contestación o sin ella, el Tribunal resolverá lo procedente.

4. En casos especialísimos, podrá el Tribunal, desde el escrito de interposición y *prima facie*, ordenar la suspensión, siempre a petición del demandante.

Artículo 148.- Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación.

Esos artículos tienen origen en los artículos 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y 134 de la Ley de Procedimientos Administrativos y el 34 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, todos de la legislación española.

El Prof. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ al citar la sentencia de 6/2/58¹², manifiesta expresamente, “Los recursos contra los actos administrativos no tienen, en principio, efectos suspensivos, ya que admitir lo contrario valdría tanto como hacer posibles paralizaciones de la acción administrativa por voluntad de los particulares”.

La autotutela administrativa es una fórmula, en que la Administración se autocontrola, cuando encuentra incluso oficiosamente por el órgano que lo dictó, por su superior jerarca, tanto propio como impropio, vicios del acto en sus elementos formales y reglados y en ejercicio de la competencia discrecional o reglada, lo puede suspender, revocar o anular según corresponda. Recuérdese que el recurso jerárquico impropio únicamente se puede establecer si un texto legal lo autoriza, al contrario del propio que, salvo desconcentración, se da inclusive sin texto que lo prevea o autorice. En el recurso propio el control es de legalidad, oportunidad o mérito. En cambio el impropio sólo procede por motivos de legalidad, salvo texto legal en contrario¹³.

¹² GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la LJCA*, pág. 1343.

¹³ Ver Ley General de la Administración Pública arts. 831 y 2 a) y b), 126 c), y en especial el 106 iusjudem.

Artículo 83.- 1. Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento.

2. La desconcentración mínima se dará cuando el superior no pueda:

a) Avocar competencias del inferior; y

b) Revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte.

Artículo 126.-

Pondrán fin a la vía administrativa los actos emanados de los siguientes órganos y autoridades, cuando resuelvan definitivamente los recursos de reposición o de apelación previstos en el Libro Segundo de esta Ley, interpuestos contra el acto final:

a) Los del Poder Ejecutivo, Presidente de la República y Consejo de Gobierno, o, en su caso, los del jerarca del respectivo Supremo Poder;

b) Los de los respectivos jefes de las entidades descentralizadas, cuando correspondan a la competencia exclusiva o a la especialidad administrativa de las mismas, salvo que se otorgue por ley algún recurso administrativo contra ellos;

c) Los de los órganos desconcentrados de la Administración, o en su caso los del órgano superior de los mismos, cuando correspondan a su competencia exclusiva y siempre que no se otorgue, por ley o reglamento, algún recurso administrativo contra ellos; y

Art. 106.- De no excluirse expresamente, habrá recurso jerárquico contra todo acto del inferior, en los términos de esta ley.

La figura jurídica de la jerarquía impropia se produce cuando quien conoce y resuelve en grado no es el superior jerárquico natural correspondiente, sino la instancia que indique expresamente la ley. Se trata de una jerarquía legal y no natural. Existen dos tipos de jerarquía impropia, la monofásica, que se da cuando el contralor no jerárquico lo desempeña un órgano administrativo, este es el caso de la Contraloría General en materia de Contratación Administrativa, lo cual se encuentra expresamente establecido en la Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494, del 2 de mayo de 1995, por otra parte existe la jerarquía impropia bifásica, la cual se produce cuando la revisión le corresponde a algún órgano jurisdiccional, el cual ejerce, en ese caso, una función materialmente administrativa.

La Administración está obligada a dictar sus actos, bajo una presunción *iuris et iuris* de legitimidad, conforme al ordenamiento jurídico, pero también tiene el deber y la obligación de no dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico, o sea, actos ilegítimos e ilícitos.

De ahí que cuando el que dictó el acto, o el superior jerárquico, se le demuestra que ese acto es contrario al bloque de legalidad, debe obligatoriamente dejarlo sin efecto jurídico-material. Es la aplicación también de la regla, entre otras, de autotutela administrativa.

Es importante establecer, la diferencia entre el actuar de la Administración Pública y los sujetos de Derecho Privado, en el sentido que la Administración Pública declara su derecho y ejecuta los actos necesarios para su respectiva realización jurídico material, sin necesidad de recurrir a un Juez para su ejecución, e inversamente el particular tiene necesariamente que acudir al Tribunal competente, civil, laboral, comercial, contencioso administrativo, con el objeto de que se le declare su derecho, y una vez logrado, seguir los siguientes trámites procesales para que se haga efectivo. Ejemplo: embargo de bienes, remate de ellos y adjudicación de bienes o paralización de presupuestos públicos en tratándose de sujetos públicos (a manera de ejemplo se citan algunas normas de nuestra Ley General de la Administración Pública¹⁴, relacionadas con lo anterior).

¹⁴ Artículo 146.-1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.

2. El empleo de los medios de ejecución administrativa se hará sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra el administrado por su rebeldía.

3. No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes.

4. La ejecución en esta circunstancia se reputará como abuso de poder.

Artículo 148.- Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán

Cont.

Si bien a la Administración se le confieren privilegios, como el *ius imperium*, y los principios de ejecutividad y ejecutoriedad expuestos *ut supra*, es lo cierto que su actividad siempre está reglada, incluso la discrecional¹⁵.

suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación.

Artículo 149.- 1. Los medios de la ejecución administrativa serán los siguientes:

a) Ejecución forzada mediante apremio sobre el patrimonio del administrado, cuando se trate de crédito líquido de la Administración, todo con aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimientos Civiles sobre embargo y remate, con la salvedad de que el título ejecutivo podrá ser la certificación del acto constitutivo del crédito expedida por el órgano competente para ordenar la ejecución;

b) Ejecución sustitutiva, cuando se trate de obligaciones cuyo cumplimiento puede ser logrado por un tercero en lugar de obligado, en cuyo caso las costas de la ejecución serán a cargo de éste y podrán serle cobradas según el procedimiento señalado en el inciso anterior; y

c) Cumplimiento forzoso, cuando la obligación sea personalísima, de dar, de hacer o de tolerar o no hacer, con la alternativa de convertirla en daños y perjuicios a prudencial criterio de la Administración, cobrables mediante el procedimiento señalado en el inciso a).

2. En caso de cumplimiento forzoso la Administración obtendrá el concurso de la policía y podrá emplear la fuerza pública dentro de los límites de lo estrictamente necesario. La Administración podrá a este efecto decomisar bienes y clausurar establecimientos mercantiles.

Artículo 150.- 1. La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la debida comunicación del acto principal, so pena de responsabilidad.

2. Deberá hacerse preceder de dos intimaciones consecutivas, salvo caso de urgencia.

3. Las intimaciones contendrán un requerimiento de cumplir, una clara definición y conminación del medio coercitivo aplicable que no podrá ser más de uno, y un plazo prudencial para cumplir.

4. Las intimaciones podrán disponerse con el acto principal o separadamente.

5. Cuando sea posible elegir entre diversos medios coercitivos, el servidor competente deberá escoger el menos oneroso o perjudicial de entre los que sean suficientes al efecto.

6. Los medios coercitivos serán aplicables uno por uno a la vez, pero podrán variarse ante la rebeldía del administrado si el medio anterior no ha sufrido efecto.

Artículo 151.- Queda prohibida la resistencia violenta a la ejecución del acto administrativo, bajo sanción de responsabilidad civil, y, en su caso, penal.

Artículo 157.- En cualquier tiempo podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos.

¹⁵ Ver al Respecto ROJAS FRANCO, E.: *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo*, EDILEX. S.A. Guayaquil, Ecuador, 2007. *La distinción de la competencia discrecional y la competencia ligada*. Pareciera que la Administración puede solamente dictar actos administrativos por aplicación automática de una norma jurídica que regula y autoriza su actividad, sin contrariar la regla general o particular que le sirve de fundamento o de precedente. Pero un criterio como ese no es útil ni real.

Si bien el acto administrativo está ligado por las formas y los modos descritos *supra*, se ha reconocido universalmente a la Administración un margen de libertad de acción que se denomina el poder discrecional. Este se define como el poder o facultad jurídica acordado al agente público para que pueda apreciar libremente las condiciones, modos y formas, en las cuales el ejercicio de su competencia se va a desarrollar para lo cual deberá apreciar el motivo y contenido del acto conforme a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y de ese modo lograr el cumplimiento del fin público.

Este poder puede ser opuesto a la expresión "competencia ligada", en la cual la libertad de apreciación es más estricta, ya que la norma establece el porqué (motivo), el cómo (forma o procedimiento) y el cuándo (contenido) del acto administrativo. El fin siempre es satisfacer el bien común.

Sin embargo, esos dos términos no tienen una aplicación absoluta. En efecto, no existe una competencia absolutamente discrecional en todos los elementos constitutivos del acto, o sea de sujeto, fin, contenido, motivo, objeto, materia, etc., porque siempre deben estar regulados

Cont.

Nuestra Ley General de la Administración Pública, establece los límites de la potestad discrecional en los siguientes términos:

Artículo 16.-

1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.
2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

Artículo 160.- El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias en cada caso.

Esos privilegios se le otorgan en razones de interés público, para que satisfaga en una mejor forma los intereses públicos. De modo que al administrado se le otorga, conforme al artículo 49 de la Constitución Política, la posibilidad de que cuando sean afectados sus derechos subjetivos y sus intereses legítimos, pueda establecer las acciones rectorias contra ese acto, precisamente tratando de demostrar que no cumplen con el principio de legalidad y consecuentemente, puede solicitar en vía administrativa, su rectificación, su anulación o dejado sin efecto, con los consiguientes derechos de restablecimiento e igualmente puede acudir a la vía contenciosa administrativa, en defecto de solución en vía administrativa .

Más claro, tiene que existir una jurisdicción contenciosa administrativa, que permita la acción rectoria contra un acto o disposición administrativa ilegítima, y dentro de esas acciones, es obvio y es claro que, es posible el establecer medidas cautelares.

En cuanto a la legitimidad del acto, ahí es importante establecer que el artículo 169 de la Ley General de la Administración Pública, esta ley que es de orden público, que en caso de dudas sus normas y principios prevalecen y es el criterio de interpretación de todo el ordenamiento iuspublicístico costarricense (artículo 364), establece una quiebra al principio de legitimidad, cuando se trate de actos absolutamente nulos. Así el artículo 169 dice literalmente: “No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución”¹⁶.

previamente el sujeto competente para dictar el acto, el fin que debe buscar ese acto, que necesariamente debe ser público, y su motivo y/o su contenido. En lo que respecta a la competencia ligada tampoco el principio es absoluto, se dice que el administrador conserva siempre la libertad de escoger el momento en que dictará el acto (oportunidad), teniendo en cuenta las necesidades del funcionamiento de los servicios públicos y dentro de límites razonables: esta escogencia de la oportunidad es un poder discrecional dejado al agente público para promover la eficiencia administrativa y la recta aplicación de sus atribuciones.

¹⁶ Ver al respecto artículos 140, 146, 166, 170, 175 y 223 de la Ley General de la Administración Pública.

III. Regulación de las medidas cautelares en el Código Procesal Contencioso-administrativo, Ley No. 8508, del 1 de enero del 2008

El nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo contiene una regulación muy amplia sobre las medidas cautelares, a diferencia de la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1966, que por su carácter revisor u objetivo sólo regulaba como medida precautoria la suspensión de la ejecución. En efecto, en el Nuevo Código Contencioso Administrativo, se prevé un amplísimo espectro de medidas cautelares, ya no solo la clásica y negativa de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, sino también, otras de carácter positivo o innovativo, con la introducción de una sistema cautelar numerus apertus¹⁷.

El artículo 19 del Código Procesal Contencioso Administrativo señala la doble función de las mediadas cautelares, tanto **objetiva** como **subjetiva**.

Artículo 140.-

El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte.

Artículo 146.-

1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar.

2. El empleo de los medios de ejecución administrativa se hará sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra el administrado por su rebeldía.

3. No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes.

4. La ejecución en estas circunstancias se reputará como abuso de poder.

Artículo 166.-

Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Artículo 170.-

1. El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar.

2. La ejecución por obediencia del acto absolutamente nulo se regirá por las reglas generales pertinentes a la misma.

Artículo 175.- (*)

El administrado podrá impugnar el acto absolutamente nulo, en la vía administrativa o la judicial, en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a su comunicación. Tratándose de actos de efectos continuados, el plazo se computará a partir del cese de sus efectos.

Artículo 223.-

1. Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.

2. Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión.

¹⁷ JINESTA LOBO, E.; GONZÁLEZ CAMACHO, O.; MILANO SÁNCHEZ, A.; JIMÉNEZ MEZA, M.: *El Nuevo proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, Departamento de artes gráficas, San José, 2006, pág. 147.

Al respecto, el Magistrado Ernesto Jinesta Lobo explica estas funciones, “desde una perspectiva objetiva, tienen por función principal garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que esta no sea una declaración platónica de principios.”¹⁸ Asimismo, al analizar la función subjetiva, indica que “consiste en garantizar la integridad o satisfacción anticipada y provisional de las situaciones jurídico sustanciales”¹⁹.

En términos doctrinales y jurisprudenciales, es bien sabido y reiterado, que la *no* imposición de efectivas medidas cautelares en un alto número de casos degeneran en un verdadero fraude procesal, toda vez que el retraso del fallo provoca la negación misma del derecho, por mucho que la sentencia procure lo contrario. En ese sentido, de nada vale tener derecho si no se encuentra una protección oportuna y real. De esta manera, la razón obtenida y otorgada en la culminación de la contienda, no debe ser ensombrecida por la consumación de la conducta administrativa antijurídica.

En ese orden, aludiendo a la sentencia 171-2001 del Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica,

si el Estado ha monopolizado para sí el servicio público de la Administración de Justicia a nivel jurisdiccional, está obligado a proveer y facilitar mucho más que el acceso a los Tribunales, *pues también debe procurar la protección de aquellos derechos e intereses sometidos a litigio durante toda la existencia del proceso* (en su fase de conocimiento y ejecución), *y aún antes*. Esto no es más que la representación real de una obligación constitucional impuesta al Estado, que encuentra su correlato en el derecho fundamental de la *tutela judicial efectiva*. En nuestro medio, de la combinación adecuada de los artículos 11, 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política, se extrae con facilidad su existencia y contenido, los que han sido corroborados por la consolidada jurisprudencia de la Sala Constitucional.

La sentencia constitucional indicada infra, refiriéndose al contenido del derecho a la tutela cautelar, señaló que en cuanto se constituye en un derecho incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una tutela judicial efectiva, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –función esencial de la tutela cautelar. Agrega ese voto N° 6224-2005 de la Sala Constitucional: “Bajo esta inteligencia, *la tutela cautelar es constitucionalmente OBLIGATORIA cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos*

¹⁸ JINESTA LOBO, E.: *Manual del Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Editorial Jurídica Continental-Iusconsultec S.A., 1ª. Edición, 2008, pág. 82.

¹⁹ *Ibid.* pág. 83.

o intereses legítimos, puesto que, el juzgador está llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política).” (El resaltado no es del original).

Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. De este modo, la tutela cautelar constituye un verdadero derecho fundamental y no una potestad discrecional del Juez.

Siguiendo al Maestro universal del Contencioso Administrativo, el Prof. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ:

La tutela jurisdiccional no será definitiva si al pronunciarse la sentencia resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de las pretensiones. La lentitud de los procesos puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión, carezca de sentido. De aquí la necesidad de arbitrar medidas que aseguren los efectos de la sentencia²⁰.

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978 se materializa en el Estado de Derecho, una garantía y tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, constituyendo el instrumento efectivo para hacer efectivos los mismos. Lo anterior encuentra su máxima expresión en la estipulación que se hace en la norma 24²¹, ya que no es posible concebir un análisis de las medidas cautelares, que a esta temática conciernen, si no se mira desde la perspectiva constitucional, que es la que le da contenido y sustento jurídico. En este orden, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990 de 15 de noviembre²², es clara al decir que:

El derecho a obtener tutela efectiva, es regulado de diversos modos por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio, con lo que la misma ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, haya querido articular.

La tutela judicial efectiva, debe lograrse por diversos medios, procesos abreviados, procesos ordinarios, pero también están las medidas cautelares, de ahí su constitucionalización.

²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Civitas, 2001, pág. 587.

²¹ Artículo 24.- 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión...

²² Citada por. VALLS GOMBAU, J. F.: “Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales”, *op. cit.*, pág. 354. Véase también sentencia de Pleno de 10 de febrero de 1992, comentada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, *op. cit.*, pág. 298.

Lo que deben hacer los juzgadores es juzgar y ejecutar lo juzgado, para lo cual deben establecer todos los medios e instrumentos que estén a su alcance para lograr hacer valer la justicia. De modo que, es también importante, que la justicia sea real, sea cierta, para que cumpla su objetivo de lograr dar a cada uno lo suyo, como decía ULPIANO de modo que no haga inútil, estéril o vano el derecho alegado.

De ahí que la medida cautelar es un medio idóneo, procesal, para garantizar la tutela efectiva, o sea, el derecho protegido por el ordenamiento jurídico.

En el caso de la inactividad material, lo que se pretende es que se obligue a la Administración a hacer, o sea, evitar como dice el autor, que un derecho particular no ejercido, se vea extinguido por el transcurso del tiempo.

Los Presupuestos de las Medidas Cautelares, se mantienen en el nuevo Código, son el *periculum in mora*, *el fumus boni iuris* y la ponderación de todos los intereses en juego, particularmente el interés público.

El *periculum in mora*, a grades rasgos, es la posibilidad, razonable y objetivamente fundada, de una lesión grave e irreparable a la situación jurídica del gestionante, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal.

El *fomus boni uiris* es, en términos generales, la probable estimación posterior del derecho material del actor en la sentencia, una apariencia de buen derecho. No se trata entonces, de comprobar el certero fundamento jurídico de la pretensión, ni de prejuzgar sobre el fondo, sino tan sólo que aquélla no sea descabellada ni temeraria. El nuevo Código lo denomina “demanda temeraria”, pero el concepto indicado siempre prevalece.

La ponderación de intereses, lo que pretende es determinar si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público o de un tercero contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada²³.

Las medidas cautelares de tipo positivo, son aquellas que obligan a la Administración a un hacer, a un dar, va más allá que la medida clásica, y origen de todas las medidas cautelares, como es la suspensión de los efectos²⁴.

²³ Para un mejor desarrollo de estos principios, ver mi libro *La Suspensión del Acto Administrativo en la Vía Administrativa y Judicial*, Mundo Gráfico S.A., 4º Edición, San José, Costa Rica, 1999.

²⁴ Sobre este tema, ver PAREJO ALFONSO, L.: “La Tutela Judicial Cautelar en el orden Contencioso Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 49, Enero-marzo de 1986.

En Derecho Comparado, existen otros sistemas cautelares, como “Los référés provisione e injonction del Derecho Francés”, “Las einstweilige Anordnungen o medidas provisionales del Derecho alemán”, “El giudizio di ottemperanza del Derecho italiano”, y “Las medidas provisionales del Derecho comunitario”, por razones de espacio no se comentan.

Es claro que el Título III sobre Medidas Cautelares, está inserto previo a iniciar todo el procedimiento jurisdiccional, en razón que, ese tipo de medidas, lo que pretenden es hacer efectiva la sentencia bajo el principio de tutela judicial efectiva que está consagrado universalmente como un derecho humano.

En la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de acuerdo al Artículo 103²⁵, en relación con los artículos 241 y 242 del Código Procesal Civil²⁶, es lo cierto que los Jueces podían aplicar cualquier tipo de medida preventiva, cautelar o profiláctica más allá del Incidente de Suspensión del Acto. Artículos 91 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa²⁷.

²⁵ Artículo 103.- En lo no previsto en esta ley regirán, como supletorios, el Código de Procedimiento Civiles y las disposiciones orgánicas generales del Poder Judicial.

²⁶ Artículo 241.- Oportunidad. El procedimiento cautelar podrá ser instaurado antes o en el curso del proceso principal, del que siempre formará parte.

Artículo 242.- Facultades del juez.

Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación.

Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución.

²⁷ Artículo 91.- 1. La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión.

2. Procederá ésta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Nota: En relación a la Jurisprudencia reiterada de los Tribunales Contencioso Administrativo Civiles de Hacienda, sobre este artículo ver Acción de Inconstitucionalidad No. 03-006224-007-CO. BJ# 126 de 2 de julio del 2003

Artículo 92.- 1. La suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso y se sustanciará en legajo separado.

2. De la solicitud, el Tribunal dará audiencia por tres días a la Administración demandada.

3. Transcurrido el plazo, con contestación o sin ella, el Tribunal resolverá lo procedente.

4. En casos especialísimos, podrá el Tribunal, desde el escrito de interposición y prima facie, ordenar la suspensión, siempre a petición del demandante.

Artículo 93.- 1. Cuando el Tribunal ordenare la suspensión de plano o cuando se lo solicitare la parte demandada en el otro supuesto, exigirá, si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, la caución suficiente para responder de ellos.

2. La caución habrá de constituirse en depósito de dinero efectivo, valores públicos o aval bancario.

3. La orden de suspensión no se llevará a efecto mientras la caución no está constituida y acreditada en autos.

4. Levantada la suspensión, al término del proceso y por cualquier otra causa que no sea el acuerdo de las partes, la Administración o persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los

Realizada esa Introducción, veamos cómo regula el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (artículo por artículo), para lo cual, como es una publicación muy reciente, vamos a transcribir del Libro *Comentarios al Nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*, escrito por mi persona, con el auspicio del Colegio de Abogados de Costa Rica y la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, estos aspectos jurídicos procesales:

ARTÍCULO 19.-

- 1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- 2) Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso.

Comentario

Este artículo establece cuál es el momento y el objetivo de las medidas cautelares: proteger y garantizar, en forma precautoria o provisional, la efectividad de las pretensiones deducidas en el proceso (y que son el objeto del litigio) que serán aceptadas o rechazadas en sentencia.

Las medidas cautelares pueden solicitarse durante el transcurso del proceso, o en su fase de ejecución o incluso *antes de iniciado*, el Tribunal o el Juez respectivo, puede ordenar *y sólo a instancia de parte*, no oficiosamente, las medidas cautelares que sean adecuadas y necesarias, lo que crea una amplia discrecionalidad del Juzgador, el cual solo tiene en mira la efectividad de la sentencia. Tienen las medidas cautelares, su respaldo en los artículos 9, 11, 33, 39 y 41 de la Constitución Política que dicen:

Artículo 9º—El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

(Así reformado por la Ley N° 8364 de 01 de julio de 2003)

daños y perjuicios causados por la suspensión, deberá solicitarlo ante el Tribunal por los trámites de los incidentes, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del levantamiento; y si no se formulare la solicitud dentro de dicho plazo, o no acreditare el derecho, se cancelará seguidamente la garantía constituida y se devolverá, en su caso, el depósito a quien corresponda.

5. Cuando la parte demandante no gestionare los autos principales con la diligencia del caso, el Tribunal podrá levantar la suspensión a gestión de parte.

6. El Tribunal comunicará la suspensión a la Administración respectiva, siendo aplicable a la efectividad de la misma lo dispuesto en el Capítulo Tercero de este Título.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes.

(Este párrafo fue adicionado por Ley No.5704 de 5 de junio de 1975)

Artículo 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

(Así reformado por Ley N° 8003 del 8 de junio del 2000)

ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

ARTÍCULO 41.- Ocurrendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

ARTÍCULO 49.- Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

(Así reformado por el Ley No.3124 del 25 de junio de 1963)

Párrafo 2) Como fue indicado ya, bien es posible solicitar las denominadas medidas cautelares “ante causam”, o sea, antes de iniciarse el proceso pueden solicitarse medidas cautelares mediante el formato de una petición o incidencia procesal al Juez competente.

En el artículo 56 del Código Procesal Contencioso Administrativo²⁸, en relación con los artículos 217, 272 a 274 de la Ley General de la Administración Pública, se establece una especie de “antecausam procesal preventiva” para lograr una justicia efectiva. Dicen esos artículos:

Artículo 217.- Las partes tendrán derecho a conocer el expediente con las limitaciones de esta Ley y a alegar sobre lo actuado para hacer valer sus derechos o intereses, antes de la decisión final, de conformidad con la ley.

Artículo 272.-

1. Las partes y sus representantes, y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma, con las salvedades que indica el artículo siguiente.

2. El costo de las copias y certificaciones será de cuenta del petente.

Artículo 273.-

1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

²⁸ ARTÍCULO 56.-

1) Si en forma antijurídica, cualquier ente u órgano de la Administración Pública, impide u obstaculiza el acceso, el examen, la lectura o la copia del expediente administrativo, el perjudicado podrá requerir, aun antes del inicio del proceso, la intervención del juez, quien entre otras actuaciones, podrá presentarse directamente a la oficina respectiva, por sí o mediante la persona designada por él, a solicitar y obtener el expediente administrativo completo, el cual será devuelto, una vez reproducido, mediante copia certificada según los términos del artículo 51 de este Código.

2) El juez tramitador impondrá al funcionario que incumpla o retarde, sin justa causa, el requerimiento judicial, una multa de uno a cinco salarios base, en los términos establecidos en el artículo 159 de este Código; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y administrativa a que haya lugar.

2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos.

Artículos 274.- La decisión que negare el conocimiento y acceso a una pieza deberá ser suficientemente motivada. Cabrán contra la misma los recursos ordinarios de esta ley.

En el artículo 78 del Código en estudio se establecen medidas cautelares durante la fase procesal de la conciliación, en estos términos:

La jueza o el juez conciliador podrá adoptar, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.

Igualmente en el artículo 84 del Código, se establece un trámite urgente de recepción de prueba. No es propiamente una medida cautelar, pero si cumple con el objetivo de garantizar la efectividad de la verdad real, y por ende, la efectividad de la sentencia. Ver en igual sentido, artículos 118 y el 60 del C.P.C.A.²⁹.

²⁹ ARTÍCULO 118.-

1) Cuando se trate de procesos cuya pretensión esté relacionada con conductas omisivas de la Administración, el juez tramitador, una vez evaluada interlocutoriamente la demanda, ponderado su eventual fundamento, a solicitud de parte o de oficio, podrá instar a la Administración demandada para que verifique la conducta requerida en la demanda y otorgarle un plazo de cinco días para que alegue cuanto estime oportuno.

2) Si, transcurrido dicho plazo, la Administración manifiesta su conformidad en verificar la conducta, el Tribunal, sin más trámite, dictará sentencia conforme a las pretensiones de la parte actora, sin especial condenatoria en costas, salvo si ello supone una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, dictará la sentencia que estime conforme a derecho. En casos de especial complejidad, cuando sea previsible la inexistencia de los recursos materiales necesarios para la adopción de la conducta, o los recursos financieros necesarios no estén disponibles, en la sentencia se valorará tal circunstancia para otorgar un plazo, a fin de cumplir la conducta respectiva, la cual no excederá del ejercicio presupuestario anual siguiente.

3) Si, dentro del plazo indicado en el primer párrafo, la Administración no contesta o se manifiesta contraria a realizar la conducta requerida, el proceso continuará su trámite normal.

ARTÍCULO 60.-

1) En caso de que el juez tramitador, de oficio o a gestión de cualquiera de las partes, estime que el asunto bajo su instrucción reviste urgencia o necesidad o es de gran trascendencia para el interés público, directamente lo remitirá al conocimiento del tribunal de juicio al que por turno le corresponda, para que este decida si se le da trámite preferente, en los términos de este artículo, mediante resolución motivada que no tendrá recurso alguno.

2) Si el tribunal estima que el trámite preferente no procede, devolverá el proceso al juez tramitador, para que lo curse por el procedimiento común.

3) De dársele trámite preferente, se dará traslado de la demanda y se concederá un plazo perentorio de cinco días hábiles para su contestación. Cuando resulte necesario, el tribunal dispondrá celebrar una única audiencia en la que se entrará a conocer y resolver sobre los extremos a que alude el artículo 90 de este Código, se evacuará la prueba y oirán conclusiones de las partes. De no haber pruebas por evacuar se prescindirá de la audiencia oral y pública. Únicamente cuando surjan hechos nuevos o deba completarse la prueba a juicio del tribunal, podrá celebrarse una nueva audiencia.

Cont.

El *inciso 1)*, admite la adopción de mediadas cautelares durante la tramitación del proceso (lite pendente). Cualquiera de las partes puede solicitarle al tribunal o al juez respectivo, que se decrete una medida cautelar, tanto en el proceso de cognición plena, como en el proceso de Ejecución, con lo cual no existe un límite temporal en cuanto a las medidas cautelares. Lo anterior se puede confirmar con el artículo 155 párrafo 3 del CPCA, el cual cita expresamente:

Artículo 155.-

(...)

1. Firme la sentencia, el juez ejecutor dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución.

Se puede decir que existen dos momentos procesales específicos para solicitar las medidas cautelares durante la sustanciación o trámite del proceso de cognición plena.

- En el momento en que el Administrado impugna directamente en la jurisdicción contencioso administrativa una omisión y el juez suspende el proceso por un máximo de 15 días, para dar la oportunidad a la administración de suplir la omisión (art. 35, párrafo 2 del CPCA).
- Cuando Se acude directamente a la sede jurisdiccional (sin agotar vía, artículo 31 párrafo 3).

En razón del carácter urgente que normalmente poseen las medidas cautelares, el Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, en su artículo 23 (Atención de Medidas Cautelares) dispone que las medidas cautelares podrán ser requeridas por cualquiera de los medios que dispone el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 20.- Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o

- 4) El señalamiento de la audiencia tendrá prioridad en la agenda del tribunal.
- 5) Si la conversión del proceso se produce en una oportunidad procesal posterior a la regulada en el párrafo tercero de este artículo, el tribunal dispondrá el ajuste correspondiente a las reglas de dicho párrafo.
- 6) La sentencia deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se decidió darle trámite preferente al proceso o, en su caso, a partir de la celebración de la última audiencia.
- 7) En caso de ser planteado, la resolución del recurso de casación tendrá prioridad en la agenda del Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según corresponda. El recurso deberá resolverse en un plazo de diez días hábiles.

satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código.

Comentario

En el artículo 20 se trata de establecer que: “las medidas cautelares podrán contener”, o sea lo que disponen, u ordenan, “la conservación del estado de cosas”, esto es, que no se toquen, cambien o modifiquen bienes materiales, o bien, ordenar una conducta necesaria y conveniente, anticipada para no hacer nugatoria la pretensión que podría ser acogida en forma definitiva en sentencia. Se innova porque se crean efectos jurídico-materiales que no existían antes de la orden cautelar.

El Juez regula, es decir, norma, dicta un acto o disposición jurídica, lo que presupone una sustitución a la Administración Pública, así por ejemplo, otorga una pensión de vejez o invalidez denegada (supuestamente) ilegítimamente o no, por la Caja Costarricense de Seguro Social. ¿Por qué digo ilegítimamente o no? porque eso se constatará en sentencia, mientras tarda el litigio (*Periculum in Mora*) se otorga el subsidio a los pescadores, la subvención a madres solteras o huérfanos, la pensión denegada al indigente o al exfuncionario, etc. A eso se refiere cuando se dice “regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial” o *procesal o de cualquier índole*, esto último subrayado es de mi cosecha

El Juez podrá imponer todo provisionalmente, claro, a resultas de lo que se decida en sentencia, las obligaciones de hacer, no hacer o de dar, se omitió no dar.

En este sentido, pueden existir obligaciones impuestas por el Juez, para que la Administración realice alguna actividad en que se abstuvo u omitió.

Lo que las medidas pueden ordenar es de tipo *conservativo*, (conservar las cosas), *anticipativo*, anticipar la sentencia para lograr su efectividad e *innovativa*, para innovar los hechos y derechos que se debaten y dentro de los límites del ordenamiento jurídico.

Este artículo está en relación con el artículo 128 *ibidem* que dice “Cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos

discrecionales³⁰, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades dentro del plazo que al efecto se disponga conforme a los límites y mandatos impuestos por el Ordenamiento Jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de aquellos límites y mandatos, si así lo permitiere el expediente. Caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que imponga el Ordenamiento Jurídico, el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución”.

ARTÍCULO 21.- La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad.

Comentario

El artículo 21 alude a los presupuestos necesarios para la aplicación de una medida cautelar, la misma doctrina, con el auxilio jurisprudencial, se ha encargado de perfilar cada uno de los elementos objetivos necesarios para que opere la medida cautelar. Si bien es cierto se han construido sobre la base de la suspensión de los efectos del acto administrativo, que fue la primera medida cautelar expresa, no existe ningún obstáculo para que esos mismos presupuestos, sean a su vez los aplicables de modo general a cualquiera de ellas.

Aquí involucra el antiguo principio de daños de imposible o difícil reparación, como elementos para proceder con la medida y al principio del *fumus boni iuris*, o seriedad de la demanda principal, el cual consiste en la apreciación que hace el juzgador de la pretensión deducida en el proceso principal al considerar que el derecho invocado tiene apariencia de probabilidad.

³⁰ Al respecto los artículos 132 y 133 de la Ley General de la Administración Pública indican:
Artículo 132.-

1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas.
2. Deberá ser, además, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados.
3. Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa.
4. Su adaptación al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo.

Artículo 133.-

1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.
2. Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento.

Así, el *periculum in mora* hace referencia a la existencia de un peligro inminente como causa de un daño de difícil o imposible reparación³¹. El perjuicio o peligro que la tutela cautelar neutraliza es el derivado de la mora del procedo de cognición plena (tiempo fisiológico y patológico), en el dictado de la sentencia principal.

El *fumus boni iuris* se fundamenta en la apreciación que hace el juzgador de la pretensión deducida en el proceso principal al considerar que el derecho invocado tiene apariencia de probabilidad, “de buen fundamento de la pretensión principal”³². Nuestra jurisprudencia insiste en la evidente seriedad, consistencia y fundamento de la pretensión deducida por la parte actora. En síntesis podemos decir que el *fumus boni iuris* es el adecuado fundamento de hecho y derecho con que se presente la demanda, en ese sentido es la justificación adecuada, motivada y expresada, del derecho que se reclama.

A efectos de facilitar la comprensión del lector respecto a este tema, resulta fundamental en términos académicos, remitirlo a la obra “Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo”, primera edición, 2007, del Dr. ENRIQUE ROJAS FRANCO, aquí autor.

En otro orden, igualmente existe relación con el numeral 242 del Código Procesal Civil, que establece como facultades del Juez:

Artículo 242.- Facultades del juez.

Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación.

Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución.

Artículo 22.- Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.

³¹ Sobre el tema el autor E. JINESTA LOBO en su libro *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo* define el *periculum in mora* como “el temor fundado que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal.

³² ORTIZ ORTIZ, E.: *Justicia Administrativa en Costa Rica*, San José, 1990.

También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.

Comentario

Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el Tribunal o el Juez respectivo, deberá considerar especialmente el principio procesal de proporcionalidad, de conveniencia y mérito, teniendo como objetivo no afectar la gestión “sustantiva” y adjetiva de interés público del ente público demandado, ni afectar en forma grave la situación jurídica de terceros procesales o ajenos al proceso.

Debe tenerse en cuenta el carácter instrumental y provisional de la medida, principalmente la efectividad de la sentencia que es un derecho humano, conforme al artículo 41 de la Constitución Política.

La frase: “También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.”, debe eliminarse por ociosa.

ARTÍCULO 23.- Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionales de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.

Comentario

Establece el *referee* francés, en el sentido que el Juez puede adoptar y ordenar medidas de inmediato ante causa, que es con el objeto de garantizar la efectividad de la medida cautelar que finalmente se adopte. Esas medidas de carácter muy vigente debe tener un vínculo necesario entre el objeto del proceso, y la medida cautelar requerida, aunque es innecesario cuando se trata de un proceso que no ha nacido, como el ante causan.

Es decir, sin necesidad de contradictorio o audiencia, por la premura de la situación. Queda lo anterior subsanado con el artículo 24 del CPCA (audiencia por 3 días).

ARTÍCULO 24.-

1) El tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo lo previsto en el artículo siguiente, de este Código.

2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles.

Comentario

Se debe entender que la medida solicitada no es urgentísima, de acuerdo al artículo 25 infra. Cabe señalar que todos estos plazos son total y absolutamente irreales, en primer término, no se deroga del todo en esta Ley el privilegio procesal que tiene la Procuraduría General de la República, de solicitar la ampliación del plazo que se le otorga para contestar audiencias, traslados o requerimientos procesales; ya que si bien se reduce el periodo por el que puede pedir la ampliación con la reforma al artículo 23 a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República³³, dicho privilegio persiste. De modo que, no se eliminó en este Código esos privilegios que hacen que la Justicia en Costa Rica sea, no sólo desigual, sino que sea lentísima.

Se da una *audiencia escrita por 3 días* para formular alegaciones y ofrecer prueba preconstituida. Se debe entender que la medida solicitada no es urgentísima (lo cual se dispone en el artículo 25 del CPCA). Asimismo, este artículo estima una audiencia oral posterior si el órgano jurisdiccional estima procedente evacuar prueba (en un *plazo máximo de 3 días*).

En este sentido, el Magistrado JINESTA LOBO, realiza una recomendación importante con respecto al artículo en mención, y al respecto expone:

Lo recomendable es que, en aras de la celeridad procesal, la inmediación y la concentración, el juez tramitador otorgue una sola audiencia oral en la que se formulen alegatos, se ofrezca prueba preconstituida y se evacue prueba, esto es, que fusione la audiencia escrita y oral previstas en el artículo 24, para evitar la fragmentación y dispersión procesales³⁴.

Artículo 25.

1) En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código.

³³ Artículo 23.- Ampliación de plazos Cuando, por las necesidades del despacho, el Procurador General o el Procurador General adjunto solicite ampliación de plazo, este se tendrá como automáticamente prorrogado por un tercio del originalmente concedido. La solicitud deberá ser presentada, necesariamente, dentro del plazo original. Las fracciones de un día se computarán como uno completo. Respecto de los términos no cabrá prórroga.

³⁴ JINESTA LOBO, E.: *Manual del Proceso Contencioso Administrativo*, San José, Editorial Jurídica Continental-Iusconsultec S.A., 1ª. Edición, 2008, pág. 98.

2) Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

Comentario

Este artículo establece más precisamente el “Referee” francés y debe guardarse una única redacción, si en el artículo 23 se dijo medidas provisionalísimas, de manera inmediata, aquí se usa el giro “en casos de extrema urgencia”. O sea, condiciones para ordenar esta clase de medida: A) Exista extrema urgencia. B) Se debe ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata, en casos de extrema urgencia, o pedir cualquier contratutela en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código.

Ahora bien, habiéndose adoptado la medida cautelar, se da audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. O sea, una vez ordenada se da la audiencia, no obstante, lo que se da a entender es que, el Juez, de acuerdo a los alegatos con motivo de esa audiencia, puede hacer una revaloración de los alegatos de las pruebas aportadas, para mantener, modificar o revocar la medida cautelar.

Artículo 26.-

1) Cuando se solicite una medida cautelar antes de que inicie el proceso esta será del conocimiento del juez tramitador o de la jueza tramitadora a quien el tribunal designe que, por turno, le corresponde el conocimiento del asunto.

2) En caso de que la medida cautelar sea concedida, la demanda deberá presentarse en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto que la acoge; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán por el trámite de ejecución de sentencia.

Comentario

Párrafo 2) Si la medida se deniega, no hay problema, pero si se concede, la demanda debe presentarse en el plazo de *quince días* a partir de la notificación del auto que acoge la medida, caso contrario se levanta la medida y se condena al solicitante al pago de los daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán

por el trámite de ejecución de sentencia. Se acorta el plazo con respecto al que dispone el artículo 243 del Código Procesal Civil³⁵, el cual otorga un plazo de caducidad de 1 mes para interponer el proceso principal.

Artículo 27.- El auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, a fin de lograr su pronta y debida ejecución. El tribunal o el juez respectivo podrá disponer todas las medidas adecuadas y necesarias; para ello, aplican todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente.

Comentario

El título VIII del Código Procesal Contencioso Administrativo refiere a Ejecución de Sentencias. Asimismo, téngase también en cuenta, y en lo que interesa, que el artículo 30 del Código expresamente dispone que en el recurso de apelación interpuesto en contra del auto que resuelve la medida cautelar, lo es únicamente en efecto devolutivo, no suspensivo, o sea, no enerva o paraliza la ejecución decretada.

De conformidad con el artículo anterior, el auto que ordena una medida cautelar deberá ser comunicado en forma inmediata, en este caso debería ser un plazo máximo de 24 horas. Esta comunicación inmediata debe entenderse de la parte dispositiva de la resolución que dispone la medida cautelar, tal y como ha sido la práctica judicial en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de hábeas corpus y de algunos amparos por su carácter sumario y preferente. Ahora bien, si el órgano jurisdiccional está en condiciones, sin perjuicio de la inmediatez exigida por la norma, de comunicar íntegramente la resolución, así debe hacerse.

Artículo 28.-

1) El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.

2) Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo.

³⁵ Artículo 243.- Deber de presentar la demanda.

La parte deberá presentar su demanda en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se realizó la medida cautelar, cuando ésta hubiere sido concedida en procedimiento preparatorio.

3) La caución o garantía podrá constituirse en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho.

4) La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos.

5) Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda.

Comentario

Párrafo 1) Dice que se puede pedir una contracautela o garantía económica, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros, o del interés público. En la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, nunca se solicitó porque es facultativa, el Juez o el Tribunal suspendía o rechazaba la pretensión suspensiva sin caución.—

Párrafo 2) El auto que resuelva la caución o otra contratutela tendrá Recurso de Apelación dentro del tercero día para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso. Jamás debió establecerse, este recurso hará nugatoria la medida cautelar, sobre todo la de carácter urgentísimo, a menos que sea en el efecto devolutivo no suspensivo.

Párrafo 3) Esa caución puede constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho.

¿Cuáles? Aval bancario, cheque, certificado, dinero efectivo, hipoteca, prenda, declaración jurada.

Párrafo 4) La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela, o en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos.

Párrafo 5) Debemos indicar que aquí lo importante es que hay que probar y demostrar los daños y perjuicios, no basta pedir su resarcimiento, simplemente originada en la medida cautelar. Es un poco confusa la norma, porque se

dispone: “si la solicitud no se formulare dentro de dicho plazo, o no se acredita el derecho”.

Artículo 29.-

1.- Cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo a la adopción de alguna medida cautelar, el Tribunal o Juez respectivo, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla.

2.- De igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el Tribunal o Juez respectivo, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquélla u otra medida cautelar.

Comentario

Ambas posibilidades jurídico procesales, demuestran la provisionalidad de cualesquiera de las medidas cautelares.

También permite que cuando fuere rechazada, se pueda solicitar nuevamente, siempre y cuando varíen las circunstancias de hecho y de derecho, esto último no lo dice, que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada.

En el caso del Inciso 1), no dice expresamente que plazo tiene el Tribunal o el Juez respectivo para modificar o suprimir la medida cautelar cuando varíen las circunstancias, lo cual le otorga una amplia discrecionalidad al juez o al tribunal para modificarla o suprimirla, durante el tiempo que se mantenga esta medida cautelar y de hecho varíen las circunstancias para no mantenerla o modificarla.

Artículo 30.- Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles.

Comentario

Un Tribunal de Casación no debería tener esa competencia, ya que desnaturaliza lo que es el Recurso de Casación.

Se entiende que el Recurso de Apelación procede contra la Resolución que acoge la medida, así como en contra de la que la rechaza.

El artículo 30 del CPCA establece que “Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el

Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo”. PLAZO para INTERPONERLO: Tres días hábiles. El recurso de apelación cabe en un solo efecto (DEVOLUTIVO), no tiene eficacia suspensiva, consecuentemente, pese a la impugnación en alzada, la medida cautelar debe ser ejecutada y cumplida, lo cual resulta plenamente consecuente con la urgencia que las inspira. Este artículo se debe concordar con el artículo 133 del Código procesal Contencioso Administrativo, el cual dispone:

Artículo 133. 1) Cuando proceda, el recurso de apelación deberá interponerse directamente ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, en *el plazo de tres días hábiles*. (Cursiva no corresponde al original)

Es importante mencionar que el Nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo introduce algunas innovaciones con respecto a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, específicamente mencionamos algunas relevantes en el tema de nuestra investigación:

- *Proceso contencioso subjetivo.*
- *Ampliación de las medidas cautelares.*
- *Preeminencia de la Oralidad.*
- Hoy en día las medidas cautelares son aplicables en *materia tributaria*³⁶ y de *contratación*.

En primer término, actualmente el proceso contencioso administrativo es de carácter oral. Se exponen los argumentos de hecho y de Derecho, las pruebas correspondientes, testigos, documentos en una sola audiencia. En síntesis, básicamente el Código Procesal Contencioso Administrativo mantiene como derecho humano, el obtener una tutela efectiva, para lograrlo, las medidas cautelares constituyen el instrumento procesal más idóneo con ese objeto, máxime para combatir el principio de Periculum in Mora.

Es claro que en Costa Rica el sistema oral ha traído enormes beneficios en cuanto a la prontitud de las resoluciones y las sentencias, aunque existen problemas en cuanto a la Casación, porque no se han querido crear los Tribunales de Casación, entonces la antigua Sala Contenciosa Administrativa

³⁶ La antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con respecto a la Materia Tributaria disponía en su artículo 83, inciso 9, la prohibición de la suspensión de la ejecución del acto. Cito literalmente:

“Artículo. 83.- 1. De la impugnación conocerá en única instancia el Tribunal Superior respectivo. (...)

9. En ningún caso se accederá a la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados.”

Al respecto, la Sala Constitucional en Acción de Inconstitucionalidad No. N° 2008- 017306, anuló por inconstitucional el artículo 83.9 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

de Casación, sigue conociendo de los asuntos de la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Casación propiamente de los asuntos del Nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, como Tribunal de Apelaciones, de las Medidas Cautelares.

Recuérdese que se eliminó la segunda instancia, y sólo existen recursos de casación, por ende, todos los justiciables, sea el Estado, que acuden al Contencioso Administrativo, realizan Recursos de Casación, ya que no existe la segunda instancia.

Por otra parte, si bien es cierto que en Costa Rica no se menciona expresamente la tutela cautelar, es lo cierto que la Sala Constitucional si lo ha reconocido como un derecho humano de carácter constitucional. Lo novedoso del sistema, es que se pueden solicitar medidas cautelares durante el transcurso del proceso, en la fase de ejecución o antes de iniciarse el proceso, o sea, ante causam. Siempre tiene que ser por instancia de parte, no oficiosamente. Obviamente que va más allá de que el Incidente de Suspensión del Acto Administrativo, ya que se pretende que las medidas cautelares puedan tener como objeto conservar el estado de las cosas o bien efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. De ahí que, el Tribunal puede imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

El objeto de la medida impugnada en el proceso principal, se refiere a conductas administrativas, activas u omisiones, con elementos discrecionales o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, que debe estar sujeto a lo dispuesto en el artículo 128 del Código³⁷.

En el artículo 21 del CPCA se renueva la medida cautelar típica en el proceso contencioso administrativo, ya que si la medida que es objeto de impugnación, puede producir graves daños y perjuicios actuales o potenciales de la situación aducida, siempre y cuando que la pretensión no sea temeraria o carente de seriedad. Aquí se establece el principio del Fumus Boni Iuris. Para que la medida cautelar sea procedente, debe existir seriedad en la demanda, es decir, una probabilidad de acogimiento de la cuestión principal, una apariencia de buen derecho.

³⁷ Artículo 128.- Cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente. En caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que impongan el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución.

Con respecto a los graves daños y perjuicios, de difícil e imposible reparación la jurisprudencia de los Tribunales Superiores ha indicado que “esa posibilidad, razonable y objetivamente fundada, de una lesión grave e irreparable a la situación jurídica del gestionante, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal (*periculum in mora*), se presenta, no sólo como elemento imprescindible de la medida cautelar, sino como su presupuesto básico y central, sobre el que realmente gira toda su existencia. El peligro en la mora, implica – según la doble concepción de CALAMANDREI –, peligro en la infructuosidad y peligro en la tardanza de la resolución principal, que en términos más simples, no es más que la demora en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce, precisamente, a causa de este retraso (daño inminente y demora en el proceso principal)³⁸.”

Igualmente se recogen los principios de proporcionalidad, para lo cual debe ponderar la lesión al interés público, provocada con la medida a terceros, y tomando en cuenta los caracteres de proporcionalidad, de modo que no se afecte la actuación sustantiva de la entidad, pero tampoco se altere la situación jurídica. Con respecto a las medidas cautelares, debe ponderarse si frente a ese interés o derecho privado cuya tutela cautelar se pretende, existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición esbozada. No se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango del derecho fundamental a la tutela cautelar y por ende, que sea capaz de relegarlo por intereses superiores.

Es importante establecer que siempre se da audiencia a las partes de la solicitud cautelar, y puede resolver sin audiencia, normalmente hace la audiencia. Ahora, en caso de extrema urgencia, el referee francés y a solicitud de parte, se puede decretar las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia.

Y en este sentido normalmente se da la caución o bien una contratutela en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código³⁹. Una vez adoptado, si

³⁸ Ver Resolución del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Segunda No. 205-99

³⁹ Artículo 28.-

- 1) El tribunal respectivo, el juez o la jueza al disponer la medida cautelar, podrá exigir que se rinda caución o cualquier otra medida de contracautela, suficiente y proporcionada para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.
- 2) Contra el auto que resuelva la caución u otra contracautela, cabrá recurso de apelación, dentro del tercer día, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso- Administrativo.
- 3) La caución o garantía podrá constituirse en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho.
- 4) La medida cautelar dispuesta no se ejecutará hasta que se compruebe haber cumplido con la contracautela o, en su caso, hasta tanto la caución esté rendida y acreditada en autos.
- 5) Levantada la medida cautelar al término del proceso o por cualquier otra causa, la Administración Pública o la persona que pretenda tener derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados con su ejecución, deberá solicitarlo ante el tribunal, el juez o la jueza respectiva, por

Cont.

se da la audiencia, pero no suspende la decisión tomada, dictada por razones de urgencia, por emergencia administrativa. Una vez oídas las partes, el Juez puede cerrar, mantener, modificar o revocar lo dispuesto en casos de urgencia.

Ahora bien, cuando se acepta la medida cautelar ante causam, o sea, antes de que se establezca la demanda propiamente, el interesado tiene quince días a partir de la notificación del acto que la acoge, de presentar la demanda; si no lo hace, se levanta la medida y se le condena al pago de daños y perjuicios, lo cuales se liquidarán por el trámite de Ejecución de Sentencia.

Cuando se ordena una medida cautelar, el Juez debe aplicar todas las regulaciones establecidas en el título VIII de este Código, incluso los recursos ordinarios en el efecto devolutivo y con trámite preferente. Es decir, no tiene efectos suspensivos la decisión, se ejecuta de inmediato aunque esté impugnada, y en este caso mediante un Recurso de Casación.

En conclusión, podemos decir, parodeando al gran Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, la lucha del Derecho Administrativo es para equilibrar las prerrogativas, inmunidades, privilegios de la Administración, con las garantías del administrado. Y es claro que las medidas cautelares constituyen una de los instrumentos procesales más eficientes para lograr ese equilibrio, entre prerrogativa y garantía⁴⁰.

En este sentido, podemos concluir que el fin de las medidas cautelares es evitar que la parte afectada sufra daños de difícil o imposible reparación, proteger el objeto litigioso y la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Las Medidas cautelares tienen las características de, 1) *Provisionalidad*: Es sustituida por un pronunciamiento de fondo. Esa provisionalidad es por ser cautelar, es sumaria, de emergencia. 2) *Prueba más leve*: Las pruebas que se piden en la cautelar no son necesariamente contundentes. No debo llevar pruebas totalmente sólidas, pero si deben tener algún indicio. La prueba debe evacuarse en primera instancia en la audiencia. 3) *Homogeneidad*: Debe haber algún grado de identificación con el proceso. Entre más se aproxime con el objeto del proceso (pretensiones) es mejor. La mayoría de la doctrina lo vincula con la instrumentalidad. Asimismo, entre los *tipos* de medidas s reguladas por el Nuevo CPC-A podemos citar *las Conservativas, de anticipación y las Innovativas*.

medio de un simple escrito, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cesación de los efectos de la medida. Si la solicitud no se formula dentro de dicho plazo o no se acredita el derecho, la garantía constituida se cancelará seguidamente y se devolverá a quien corresponda.

⁴⁰ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Libro Clásico del Derecho Administrativo Universal*.

El Código Procesal Contencioso Administrativo ha significado un sistema cautelar *numerus apertus*, debido a que el contenido de las medidas cautelares se fundamenta en un poder de cautela general, que depende de los poderes que el juez dispone en el proceso principal. Las medidas cautelares deben ser idóneas y necesarias, para así poder garantizar de manera provisional la sentencia, y garantizar al justiciable una verdadera justicia pronta y cumplida.

LA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA: PRINCIPALES INNOVACIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ernesto Jinesta Lobo

I. Introducción

En Costa Rica se aprobó el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006), el cual entró en vigencia el pasado 1° de enero de 2008, por virtud de la *vacatio legis* establecida en el artículo 222 de ese cuerpo normativo.

Este nuevo Código procesal supone un giro copernicano respecto de la justicia administrativa concebida y regulada en la ahora derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966, la cual establecía un proceso contencioso administrativo revisor u objetivo o meramente anulatorio que se enfocaba en la fiscalización de la actividad formal de las administraciones públicas, esto es, los actos administrativos manifestados por escrito previo procedimiento. El nuevo Código del 2006 establece una jurisdicción predominantemente subjetiva, plenaria y universal que pretende controlar todas las formas de manifestación de la función o conducta administrativa, tanto la actividad formal, como las actuaciones materiales, las omisiones formales y materiales, en sus diversas y heterogéneas expresiones, y, en general las relaciones jurídico-administrativas y cualquier conducta sujeta al Derecho Administrativo –aunque provengan de un sujeto de Derecho privado–.

El CPCA introduce una serie de figuras novedosas, desde el punto de vista del Derecho Administrativo adjetivo, con el propósito de actuar los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a un proceso en un plazo razonable. Dentro del arsenal de institutos o instrumentos procesales para asegurar una justicia administrativa célere, expedita, transparente, democrática y sencilla, figuran el acortamiento de los plazos para la realización de los diversos actos procesales y el establecimiento de máximos, la ampliación del ámbito de fiscalización y el objeto de control, ampliación de la capacidad procesal a los menores de edad y ciertos grupos, la protección de los intereses colectivos –corporativos y difusos–, el reconocimiento de la acción popular cuando la establezca la ley, las medidas cautelares positivas –innovativas

o anticipatorias–, el agotamiento facultativo de la vía administrativa, un elenco abierto –*numerus apertus*– de pretensiones –incluida la de condena o prestacional–, el proceso oral por audiencias, la única instancia con apelación en casos expresamente tasados, la conciliación intra-procesal con un cuerpo de jueces conciliadores, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente, los procesos sin juicio oral y público por ser de puro derecho, sin hechos controvertidos o cuando las partes acuerdan prescindir de éste, resoluciones jurisdiccionales dictadas verbalmente, nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargos de bienes del dominio fiscal, participaciones accionarias, transferencias presupuestarias y de algunos del dominio público –no destinados a la prestación de servicios públicos esenciales–, reajuste o indexación de las obligaciones pecuniarias), anulación en fase de ejecución de la conducta ilegítima reiteradas, un cuerpo de jueces de ejecución con amplios poderes, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros, la extensión de lo resuelto en vía administrativa a favor de terceros para las partes del proceso, etc.

Ese instrumental adjetivo ha permitido que la justicia administrativa en Costa Rica haya recuperado su honor y prestigio, por cuanto, lo lentos y burocráticos procesos tramitados conforme la vieja Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966 tardaban en tramitarse entre siete y diez años y ahora en única instancia quedan fallados en seis meses y veinte días. En este artículo nos ocuparemos de reseñar las principales innovaciones de esta nueva legislación procesal costarricense¹.

II. Adecuación de la justicia administrativa al paradigma constitucional²

En la redacción del nuevo CPCA la preocupación imperante entre la comisión de redactores –de la que formé parte–, fue adecuar la justicia administrativa al parámetro constitucional, por cuanto, la LRJCA de 1966 desarrolló de manera parcial e incompleta el bloque de constitucionalidad. Al asumir el paradigma constitucional de la justicia administrativa el resultado debía ser –como en efecto lo fue– un proceso garantista, esto es, que sirviera no solo para atender la función objetiva de la justicia administrativa que se traduce en el control de legalidad de la conducta administrativa, sino que garantizara el pleno goce y ejercicio, durante la sustanciación del proceso y ante la emisión de la sentencia

¹ Utilizamos como bibliografía básica JINESTA LOBO, E.: *Manual del Proceso Contencioso Administrativo*, San José, IUS consultec-Editorial Jurídica Continental, 1ª. Reimpresión 2009 y JINESTA LOBO, E. ET ALT.: *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José, Dpto. publicaciones Poder Judicial, 2006.

² JINESTA LOBO, E.: “Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Revista de Derecho Público–Asociación Costarricense de Derecho Administrativo–*, No. 6, julio-diciembre 2007.

de mérito, de los derechos fundamentales de los administrados, con lo cual se satisfacía, también, la concepción subjetiva de la justicia administrativa. En cualquier caso, el nuevo proceso pretende adecuarse, plenamente, a las exigencias impuestas por el constituyente en el artículo 49 constitucional de una justicia administrativa mixta, esto es, que cumpla un rol objetivo de sometimiento de la función administrativa al ordenamiento jurídico –“garantizar la legalidad de la función administrativa”– y subjetiva de tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados –protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos–.

Además del desarrollo del artículo 49 constitucional, la nueva legislación adjetiva desarrolla y actúa una serie de valores, principios y preceptos de carácter constitucional –expresamente contemplados en la Constitución o desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional–, tales como el derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 constitucional), a la tutela cautelar, al buen funcionamiento de los servicios públicos, el valor dignidad humana (artículo 33 *ibidem*) y un conjunto de principios tales como el de igualdad (artículo 33 *ibidem*), la intangibilidad relativa del patrimonio (artículo 45 *ibidem*), la responsabilidad administrativa, de legalidad (artículo 11 *ibidem*) y de interdicción de la arbitrariedad.

III. Ampliación de la esfera de control: supresión de reductos exentos

La fiscalización plenaria o universal de las administraciones públicas se logra en el CPCA empleando conceptos jurídicos indeterminados tales como el de “conducta administrativa” (artículo 1.1). Se dispone que los motivos de ilegalidad comprenden “cualquier infracción, por acción u omisión del ordenamiento jurídico” (artículo 1.2).

El artículo 2, inciso e), contiene una cláusula residual de suma trascendencia al indicar que será de conocimiento y resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa “Las conductas o relaciones regidas por el Derecho público, aunque provengan de personas privadas o sean estas sus partes”, con lo cual, incluso, la conducta de los sujetos del Derecho privado que ejercen transitoriamente potestades o competencias públicas deben residenciarse ante la justicia administrativa.

El ordinal 36 –emplazado en el Capítulo II titulado Conducta Administrativa objeto del proceso– especifica que la pretensión administrativa será posible respecto de “Las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido” (inciso a), “Las actuaciones

materiales” (inciso d), las “conductas omisivas” (inciso e) y “Cualquier otra conducta sujeta al Derecho administrativo” (inciso f).

Quizá, los dos únicos defectos de la nueva legislación formal en el propósito manifiesto de lograr un control de amplio espectro, es haber excluido los actos políticos o de gobierno –no así sus consecuencias o efectos– y la función pública –residenciada ante la jurisdicción laboral– (artículo 3°).

IV. Control y reducción de la discrecionalidad

El CPCA es fiel a la tradición costarricense de controlar y reducir a la mínima expresión las potestades discrecionales, la que arranca con la Ley General de la Administración Pública de 1978 que dispuso que el Juez Contencioso-Administrativo ejercerá contralor de legalidad sobre los límites de la discrecionalidad (artículo 15, párrafo 2°), por lo que en su numeral 16 establece la prohibición de dictar actos contrarios “a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia”, de igual modo el artículo 160 *ibidem* estatuye que “El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso”. Por su parte, el artículo 17 de la Ley de 1978 dispone que “La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario”. De modo que, desde la Ley General de la Administración Pública de 1978, el juez contencioso-administrativo ejerce contralor de legalidad sobre los límites jurídicos y no jurídicos de la discrecionalidad administrativa, al haberse convertido los segundos en derecho positivo.

El CPCA contiene varias normas que ponen de manifiesto esa tendencia de reducir a cero la discrecionalidad, así el artículo 42, inciso f), al enunciar las pretensiones que se pueden deducir indica “La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa”, por su parte el artículo 122, incisos c) y f), establecen que la sentencia estimatoria podrá contener los siguientes pronunciamientos: “Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso” y “Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública”. El ordinal 127 señala que “Cuando la conducta declarada ilegítima sea reglada o cuando la discrecionalidad de alguno de los elementos desaparezca durante el transcurso del proceso, la sentencia impondrá la conducta debida (...)”.

Especialmente significativo resulta el artículo 128 al indicar que “Cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente. En caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que impongan el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución”. Cabe advertir que este precepto se aplica en materia de medidas cautelares al señalar el artículo 20, párrafo in fine, que “Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código”.

V. Ampliación de la capacidad y la legitimación, reconocimiento de la acción popular

El nuevo CPCA le otorga capacidad procesal a los menores de edad (artículo 9, inciso a), para que puedan ser parte en un proceso sin necesidad que concurra su representante, todo de manera consonante con los imperativos impuestos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos³, la jurisprudencia constitucional⁴ y algunos instrumentos legislativos internos⁵.

También el CPCA le reconoce capacidad procesal a “Los grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, sin necesidad de estar integrados en estructuras formales de personas jurídicas (...)” (artículo 9, inciso b).

En punto a la legitimación se amplía para la protección de los intereses colectivos, en su versión corporativa y difusa. Así, el artículo 10, párrafo 1°, inciso b) del CPCA establece que tendrán legitimación para demandar “Las entidades, las corporaciones y las instituciones de Derecho público, y cuantas ostenten la representación y defensa de intereses o derechos de carácter general, gremial o corporativo, en cuanto afecten tales intereses o derechos, y los grupos regidos por algún estatuto, en tanto defiendan intereses colectivos”.

³ El interés superior del niño consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

⁴ Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no. 15869-05 de las 15:55 hrs. de 22 de noviembre de 2005.

⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 7739 de 6 de enero de 1998.

Por su parte, el artículo 10, párrafo 1°, inciso c), le otorga legitimación activa a “Quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos”.

Finalmente, en lo relativo a la acción popular, el artículo 10, párrafo 1°, inciso d), CPCA le otorga legitimación para demandar a “Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley”, supuesto que cubre una serie de habilitaciones expresas de leyes sectoriales en materia ambiental y cumple con el imperativo constitucional (artículo 49 constitucional) de la reserva de ley para establecer una acción popular.

VI. Medidas cautelares positivas

Los artículos 19, párrafos 1° y 2°, 26 y 155, párrafo 3°, admiten la adopción de medidas cautelares ante causam, lite pendente o en fase de ejecución. El numeral 19.1 establece una cláusula residual otorgándole al juez contencioso-administrativo un poder de cautela general, al indicar que podrá “(...) ordenar (...) las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”, con lo que su contenido es *numerus apertus*, pudiendo decretar provisionales positivas, anticipatorias o innovativas y no solo conservativas.

El artículo 23 admite la adopción de medidas cautelares provisionales al señalar que

Una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionales de manera inmediata y *prima facie*, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida.

De su parte, el ordinal 25 admite la adopción de medidas cautelares *inaudita altera parte*, al preceptuar que

- 1) En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el Tribunal o el respectivo juez podrá fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este Código.
- 2) Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

VII. Agotamiento facultativo de la vía administrativa

El CPCA establece en su artículo 31, párrafo 1°, como regla general el agotamiento facultativo de la vía administrativa⁶, haciendo salvedad expresa de los supuestos en que la propia Constitución así lo establece (materias municipal y de contratación administrativa). Cuando el justiciable decide acudir directamente a la vía jurisdiccional el juez tramitador, en el mismo auto en que da traslado de la demanda, concede, sin suspensión del proceso, un plazo para que el superior jerárquico supremo del órgano o la entidad demanda decida si confirma, modifica, anula, revoca o cesa la conducta administrativa impugnada en beneficio del administrado (párrafos 3° y 4° del artículo 31).

Lo criticable de la norma es que si la administración revierte su conducta el proceso concluye sin especial condenatoria en costas, lo cual puede ser, eventualmente, confiscatorio.

VIII. Requerimiento previo en la impugnación de las omisiones

En lo relativo a la impugnación de las omisiones formales y materiales de las administraciones públicas, el artículo 35 estatuye que la parte interesada podrá requerirle al órgano o ente público, en sede administrativa antes de acudir ante la jurisdicción, para que en el plazo de quince días realice la conducta omitida. Cuando opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, el órgano jurisdiccional debe concederle al jerarca de la entidad un plazo máximo de quince días hábiles, con suspensión del proceso, para que cumpla la conducta omitida. En este supuesto, si la administración cumple, el proceso concluye sin especial condenatoria en costas, con lo que resulta aplicable la crítica efectuada en el apartado anterior.

IX. Pretensiones

De manera congruente con la ampliación de la extensión del ámbito de control de la nueva justicia administrativa, el CPCA prevé un amplio espectro de pretensiones, elenco que es *numerus apertus*, así el artículo 42.1 dispone que “El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias”.

⁶ El Tribunal Constitucional por sentencia No. 3669-06 de las 16 hrs. de 15 de marzo de 2006 declaró inconstitucional las normas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966 que establecían el carácter preceptivo u obligatorio del agotamiento de la vía administrativa, por estimarlo un privilegio indebido e injustificado de las administraciones públicas que atentaba contra el derecho a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 constitucional), al principio de igualdad (artículo 33 constitucional) y al derecho al control de legalidad de la función administrativa (artículo 49 constitucional). V. JINESTA LOBO, E.: “Consecuencias de la inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Comentarios al Voto No. 3669-06 de la Sala Constitucional”, en *Revista IVSTITIA*, año 20, abril-mayo 2006, Nos. 232-233, págs. 4-12.

Lo anterior queda confirmado por el tenor del 43 al preceptuar lo siguiente:

En la demanda pueden deducirse de manera conjunta, cualesquiera de las pretensiones contenidas en el presente capítulo, siempre que se dirijan contra el mismo demandado y sean compatibles entre sí, aunque sean de conocimiento de otra jurisdicción, salvo la penal.

Una de las grandes innovaciones del CPCA lo constituye la pretensión prestacional o de condena para impugnar las actuaciones materiales ilegítimas y las omisiones formales y materiales.

Específicamente, el artículo 42 establece el siguiente elenco:

- 1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.
- 2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:
 - a) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas.
 - b) La anulación total o parcial de la conducta administrativa.
 - c) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa.
 - d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.
 - e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.
 - f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa.
 - g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.
 - h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo.
 - i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.
 - j) La condena al pago de daños y perjuicios.

X. Proceso de trámite preferente

Por razones de celeridad y prontitud el artículo 60 CPCA introduce la figura del proceso de trámite preferente. Ese numeral dispone lo siguiente.

- 1) En caso de que el juez tramitador, de oficio o a gestión de cualquiera de las partes, estime que el asunto bajo su instrucción reviste urgencia o necesidad

o es de gran trascendencia para el interés público, directamente lo remitirá al conocimiento del tribunal de juicio al que por turno le corresponda, para que este decida si se le da trámite preferente, en los términos de este artículo, mediante resolución motivada que no tendrá recurso alguno.

- 2) Si el tribunal estima que el trámite preferente no procede, devolverá el proceso al juez tramitador, para que lo curse por el procedimiento común.
- 3) De dársele trámite preferente, se dará traslado de la demanda y se concederá un plazo perentorio de cinco días hábiles para su contestación. Cuando resulte necesario, el tribunal dispondrá celebrar una única audiencia en la que se entrará a conocer y resolver sobre los extremos a que alude el artículo 90 de este Código, se evacuará la prueba y oirán conclusiones de las partes. De no haber pruebas por evacuar se prescindirá de la audiencia oral y pública. Únicamente cuando surjan hechos nuevos o deba completarse la prueba a juicio del tribunal, podrá celebrarse una nueva audiencia.
- 4) El señalamiento de la audiencia tendrá prioridad en la agenda del tribunal.
- 5) Si la conversión del proceso se produce en una oportunidad procesal posterior a la regulada en el párrafo tercero de este artículo, el tribunal dispondrá el ajuste correspondiente a las reglas de dicho párrafo.
- 6) La sentencia deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se decidió darle trámite preferente al proceso o, en su caso, a partir de la celebración de la última audiencia.
- 7) En caso de ser planteado, la resolución del recurso de casación tendrá prioridad en la agenda del Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según corresponda. El recurso deberá resolverse en un plazo de diez días hábiles”.

En este tipo de procesos, la sustanciación y resolución tiene prioridad frente a cualquier otro por razones de urgencia o necesidad (estado de necesidad) o de gran trascendencia para el interés público (v. gr. en materia de contratación administrativa para la construcción de obras públicas de gran importancia o de omisiones en ciertos servicios públicos esenciales como en materia de seguridad social –provisión de medicamentos, tratamientos, equipo tecnológico, infraestructura, etc.–). La tramitación preferente, supone, en esencia, el acortamiento de ciertos plazos procesales en aras de la celeridad, prontitud y urgencia impuesta por la naturaleza de la cuestión debatida.

La ponderación de los conceptos jurídicos indeterminados señalados, le corresponde a cualquiera de las partes interesadas –incluida la propia administración pública– o de oficio al juez tramitador (artículo 60, párrafo 1°). Este proceso preferente está diseñado, por su emplazamiento sistemático, para que desde el inicio del proceso así se sustancie, evitando dilaciones indebidas o retardos innecesarios.

XI. Conciliación intra-procesal

Como un instrumento de resolución alternativa de conflictos, el CPCA introduce la figura de la conciliación intra-procesal, tanto que existe un cuerpo de jueces conciliadores encargados de llevarla a cabo. El artículo 72.1 dispone que “La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada”. Se prevé la posibilidad de las partes de manifestar, en cualquier momento, antes de la realización de la audiencia, su negativa expresa o tácita a conciliar (artículo 75, párrafo 1°).

El numeral 74 faculta al juez conciliador para convocar a tantas audiencias como estime necesarias y lo habilita para reunirse con las partes de manera conjunta o separada.

En caso de arribarse a un acuerdo conciliatorio el juez lo homologará y dará por terminado el proceso “siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público” (artículo 76).

XII. Oralidad y proceso por audiencias

Una de las grandes innovaciones de la nueva legislación procesal la constituye el proceso por audiencias lo que ha contribuido a humanizarlo. La oralidad ha dotado al nuevo proceso de una significativa celeridad que resulta congruente con el derecho a un proceso en un plazo razonable o una “justicia pronta” (artículos 8, párrafo 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 41 de la Constitución Política). En promedio el proceso en única instancia tarda en ser conocido y resuelto seis meses y veinte días a lo que se debe agregar el plazo que insume la casación.

El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo obliga a los órganos jurisdiccionales a observar y actuar los sub-principios de la oralidad (inmediación, concentración, celeridad, publicidad, identidad física del juez), de modo que su infracción puede provocar un vicio pasible de la casación (artículo 85, párrafo 1°). De igual modo, se habilita a los órganos jurisdiccionales para el dictado de resoluciones orales durante las audiencias (artículo 88), contra

las cuales cabe el recurso revocatorio el que debe interponerse y sustentarse verbalmente en ese mismo momento procesal para ser conocido, evitándose, consecuentemente, la fragmentación del proceso (artículo 89).

En cuanto a la audiencia preliminar el CPCA recoge dos de sus tres funciones clásicas que son (a) la saneadora o depuradora del proceso, resolviéndose en una sola audiencia, todas las cuestiones que puedan obstaculizar el conocimiento del mérito del asunto –*meritum causae*– (v. gr. incidentes, nulidades, recursos, excepciones previas, cuestiones concernientes a la admisibilidad y validez del proceso –competencia, jurisdicción, capacidad, legitimación, representación, conexidad, litispendencia y cosa juzgada, integración de la litis, etc.), con lo que se abrevia el proceso y b) la esclarecedora de la *causa petenti* (hechos), *petitium* (pretensión), del *thema decidendum* (puntos controvertidos) y de la prueba que debe ser admitida y evacuada⁷. En lo relativo a la función conciliadora, el CPCA establece una audiencia de conciliación separada de la preliminar.

La audiencia preliminar pone de manifiesto el carácter atenuado del principio dispositivo, por cuanto, el juez tramitador ejerce de oficio una serie de competencias importantes para depurar el proceso de cara a un eventual juicio oral y público. En esta audiencia se concentra el conocimiento y resolución de una serie de cuestiones de forma, de modo que la preliminar prepara el juicio oral y público en la que se concentra el conocimiento de las cuestiones de fondo. Los extremos que resuelve el juez tramitador en la audiencia preliminar (artículo 90) son los siguientes:

1º) Saneamiento del proceso: Cuando resulta necesario para su depuración, resolviendo, de oficio o a instancia de parte, todo tipo de nulidades procesales por vicios esenciales en la ritualidad del proceso y toda cuestión no atinente al mérito del asunto, esto es, interlocutoria.

⁷ V. JINESTA LOBO, E.: “La oralidad en el proceso contencioso administrativo”, *Revista IVSTITIA*, año 13, No. 155-156, noviembre-diciembre 1999, págs. 23-31. JINESTA LOBO, E.: “Particularidades de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo” en *La Gran Reforma Procesal*, San José, Editorial Guayacán, 2000, págs. 121-122. ZELEDÓN ZELEDÓN, R.: “El proceso por audiencias orales en el “Código Procesal General”” en *La Gran Reforma Procesal*, San José, Editorial Guayacán, 2000, págs. 9-31; ARTAVIA BARRANTES, S.: *El proceso civil por audiencias y la oralidad (El proyecto del Código Procesal General para Costa Rica)*, ibidem, págs. 31- 49; ZELEDÓN ZELEDÓN, R.: ¡*Salvemos la Justicia! (Humanización y Oralidad para el Siglo XXI)*, San José, Editorial Guayacán, págs. 99 y sigs. ARTAVIA BARRANTES, S.: *Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el Derecho Procesal. Consideraciones para una Reforma del Proceso Civil*, San José, Poder Judicial-CONAMAJ, 1999, págs. 36-42. VESCOVI, E.: *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Bogotá, Editorial Temis, 1996, págs. 48-51. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL: *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica (Historia-Antecedentes-exposición de motivos)*, Montevideo, 2ª. Edición, 1997, págs. 25-38.

2°) Aclaración y ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda, réplica y dúplica: Esta precisión o afinamiento de los extremos de la demanda y contrademanda es de suma importancia, por cuanto, puede comprender cualquiera de sus extremos, es decir, desde el objeto o la pretensión, hasta los hechos y el fundamento de derecho. El ejercicio de esta competencia por el juez tramitador, de oficio o a instancia de parte, procede cuando los extremos indicados resultan oscuros o imprecisos. En lo relativo a los hechos, se admite que en la propia audiencia las partes ofrezcan otros medios de prueba que en criterio del juez tramitador sean de interés para resolver el litigio, únicamente, si se refieran a hechos nuevos o rectificaciones efectuadas en la audiencia. El artículo 95.1 le permite al juez tramitador o al Tribunal de Juicio, de oficio o a instancia de parte, además de ajustar o aclarar la pretensión o los fundamentos alegados, ampliarlos o adaptarlos, con lo que va más allá del artículo 90, párrafo 1°, inciso b), en este supuesto se prevé la suspensión de la audiencia, por un plazo que no puede exceder de 5 días hábiles, para garantizar el debido proceso y la defensa de la contraparte.

3°) Intervención adhesiva de terceros: El juez tramitador debe resolver en la audiencia preliminar si un tercero tiene interés indirecto en el objeto del proceso para tenerlo como coadyuvante activo o pasivo.

4°) Defensas previas: En la audiencia preliminar el juez tramitador conoce y resuelve las defensas previas que afectan la válida constitución del proceso o sus presupuestos, así como aquellas de carácter formal o material que pueden oponerse como tales y que de ser acreditadas provocan la terminación anticipada del proceso.

5°) Determinación de los hechos trascendentes controvertidos: Esta competencia *ex officio* del juez tramitador es de suma importancia, por cuanto, permite definir o determinar claramente y de manera anticipada, de cara al juicio oral y público, el *thema decidendi* y el *thema probandi*. Es una definición anticipada del elenco de los hechos de trascendencia y controvertidos para resolver el asunto que pueden llegar a ser demostrados o no.

6°) Admisión o rechazo de los elementos probatorios: El juez tramitador resolverá si admite los medios de convicción ofrecidos por las partes, en cuanto se refieran a los hechos trascendentes y controvertidos para ser evacuados en el juicio oral y público. Tiene facultad suficiente para rechazar los medios de prueba evidentemente impertinentes o inconducentes. El artículo 93, párrafo 3°, habilita al juez tramitador para que cuando resulte indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad real de los hechos controvertidos, ordene, de oficio, la recepción de cualquier medio de prueba no ofrecido por la partes.

Tratándose de asuntos de puro derecho o en lo que no existe prueba que evacuar, se prescinde del juicio oral y público, debiendo el juez tramitador, antes de finalizar la preliminar, conceder a las partes oportunidad para que formulen conclusiones (artículo 98, párrafo 2°).

En lo relativo al juicio oral y público tiene por objeto tres actos procesales claramente delimitados que son los siguientes: a) la evacuación de la prueba; b) la formulación de las conclusiones sobre los aspectos fácticos y jurídicos y c) el dictado inmediato o diferido de la sentencia⁸.

La regla que se establece es que es una audiencia pública, salvo si el Tribunal dispone lo contrario por resolución motivada (artículo 99, párrafo 1°). En aras de garantizar la concentración, el artículo 100, párrafo 1°, dispone que se realizará sin interrupciones, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias para su terminación, siendo que se admite la suspensión bajo circunstancias excepcionales –artículo 100, párrafo 1°, incisos a, b, c, d y e– (v. gr. deber de resolver una gestión que, por su naturaleza, no se pueda decidir inmediatamente; cuando sea necesario practicar fuera del lugar de la audiencia algún acto que no puede cumplirse en el intervalo entre una sesión y otra; si no comparecen testigos, peritos o interpretes cuya intervención es indispensable; cuando algún juez, las partes, sus representantes o abogados estén impedidos por justa causa, salvo posibilidad de reemplazo en el último supuesto; cuando alguna manifestación o circunstancias inesperada produzca alteraciones sustanciales en el proceso y se haga indispensable una prueba extraordinaria).

La suspensión debe ser por un plazo máximo de cinco días, salvo que en criterio del Tribunal exista motivo suficiente para una mayor (artículo 100, párrafo 3°), en todo caso cuando exceda los quince días, todo lo actuado y resuelto será nulo de pleno derecho, salvo los actos y actuaciones irreproductibles (artículo 100, párrafo 5°).

El artículo 110 prevé que si durante la deliberación el Tribunal estima absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas reabra el debate, siendo que el respectivo medio de convicción debe ser evacuado y valorado aunque una de las partes o ambas no asistan.

Se prevé el dictado de la sentencia después de concluida la audiencia y de haber deliberado el Tribunal, siendo que para casos complejos se puede notificar en

⁸ V. JINESTA LOBO, E.: *La oralidad en el proceso contencioso administrativo*, pág. 30. JINESTA LOBO, E.: *Particularidades de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo*, págs. 121-122. ARTAVIA BARRANTES, S.: *Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el Derecho procesal. Consideraciones para una Reforma del Proceso Civil*, pág. 42.

un plazo máximo de quince días hábiles siguientes a la terminación del juicio (artículo 111, párrafo 1°). Si se incumple con lo anterior, lo actuado y resuelto será nulo, debiéndose repetir ante otro tribunal el juicio, con la salvedad de los actos y actuaciones irreproductibles que conservarán su validez (artículo 111, párrafo 2°).

XIII. Extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros

Dentro de los modos anormales o anticipados de terminación del proceso, el artículo 116 prevé la “extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros”.

La figura consiste en solicitarle al órgano jurisdiccional que lo que se resolvió en sede administrativa de manera favorable para otro sujeto de derecho se le extienda o reconozca judicialmente al que lo solicita. Es evidente que si lo impugnado en la vía jurisdiccional es revertido por una conducta administrativa en la sede administrativa aunque sus destinatarios sean otros sujetos, de lograr extenderse judicialmente a los sujetos de la relación jurídico procesal, provocará la terminación anticipada del proceso. Precisa advertir que la extensión judicial de lo resuelto en firme y favorablemente para terceros en vía administrativa, resulta aplicable no solo respecto de la actividad formal, sino también de actuaciones materiales u omisiones.

Cualquiera de las partes principales pueden solicitar, durante el transcurso del litigio, esto es, hasta antes del dictado de la sentencia en única instancia por el Tribunal, que se equipare en lo judicial, total o parcialmente, los efectos de una resolución administrativa firme, esto es, que no quepan recursos administrativos en su contra, y favorable. El requisito indispensable es que haya recaído sobre la misma o idéntica conducta o relación jurídico-administrativa a la que se discute en el proceso, lo anterior aunque quien solicita la extensión o equiparación judicial no haya sido destinataria de sus efectos, se trate de partes diferentes o no haya intervenido en el procedimiento administrativo en el que se produjo el acto firme y favorable (artículo 116.1). Cualquiera de las partes, antes o durante las audiencias, puede poner en conocimiento del juez tramitador o del Tribunal de juicio lo actuado o resuelto en vía administrativa de manera firme y favorable (artículo 116.2). En todo caso, la administración pública respectiva, una vez adoptada la conducta en vía administrativa que incide en las pretensiones del proceso, tiene la carga de comunicarle al órgano jurisdiccional competente en un plazo máximo de ocho días hábiles contado a partir de la adopción del acto firme (artículo 116.3).

Cualquiera que sea la forma en que el órgano jurisdiccional se imponga de lo resuelto en firme y favorablemente para terceros en vía administrativa, debe conceder audiencia inmediata a las partes por un plazo de 5 días hábiles para que aleguen lo que estimen conveniente (artículo 116.4). Esta audiencia resulta muy importante, por cuanto, a partir de ahí puede empezar a discutirse si efectivamente se trata de una misma o una idéntica conducta o relación jurídica o no, si la extensión debe ser parcial o total, etc.

En los ocho días hábiles posteriores a la conclusión de la audiencia, el órgano jurisdiccional resolverá si acoge o no la equiparación o extensión, todo previa comprobación de lo exactamente resuelto por la administración pública. Si no versa sobre la misma o idéntica conducta o relación jurídico-administrativa o lo dispuesto en vía administrativa es sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, se denegará motivadamente la extensión o equiparación, sin que lo resuelto prejuzgue la validez de la conducta cuya eficacia se pretendía extender, puesto que, para anularla se debe acudir al procedimiento de revisión de oficio (artículo 173 LGAP) o a otro proceso de lesividad, cauces en los que las partes principales serán otras (artículo 116.5).

XIV. Cumplimiento de la conducta omitida

Este modo de terminación anticipado o anormal del proceso contencioso-administrativo (artículo 118) es verdaderamente novedoso y obedece al carácter plenario y universal de la nueva justicia administrativa, que ahora fiscaliza, también, las omisiones formales y materiales de las administraciones públicas.

El juez tramitador, de oficio o a instancia de parte, debe valorar interlocutoriamente la demanda ponderando su probable fundamento –juicio de verosimilitud de carácter *prima facie*–, en caso que goce de una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), podrá instar a la administración omisa para que cumpla con la conducta requerida en la demanda, para lo cual le confiere un plazo de 5 días para que alegue lo que estime oportuno (artículo 118.1).

Si el ente público manifiesta su voluntad de cumplir con la conducta debida, el juez tramitador debe trasladar los autos al Tribunal para que, sin más trámite, dicte sentencia conforme a las pretensiones de la parte actora, sin especial condenatoria en costas, salvo que tal pronunciamiento estimatorio implique una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso debe dictar sentencia conforme a Derecho.

El Tribunal podrá, en casos de especial complejidad para el cumplimiento de la obligación o en los que sea previsible la ausencia de recursos financieros y materiales necesarios para cumplirla, dimensionar en el tiempo su cumplimiento por la administración pública, otorgando un plazo prudencial para que se cumpla la conducta, el que no puede exceder del ejercicio presupuestario siguiente (artículo 118.2).

Si dentro del plazo otorgado para que la administración pública formule alegaciones no contesta o se manifiesta reacia a cumplir con su obligación, el proceso continúa su trámite normal (artículo 118.3).

XV. Tipología de las sentencias estimatorias

Al superarse el carácter revisor u objetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, la tipología de las sentencias resulta congruente con un control plenario y universal de la función administrativa y con el carácter *numerus apertus* de las pretensiones. Así el artículo 122 CPCA dispone que la sentencia estimatoria –total o parcial– podrá contener los siguientes pronunciamientos:

- a) Declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexos.
- b) Anular, total o parcialmente, la conducta administrativa.
- c) Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso.
- d) Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.
- e) Declarar la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.
- f) Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública.
- g) Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.
- h) En los casos excepcionales en los que la Administración sea parte actora, se podrá imponer a un sujeto de Derecho privado, público o mixto, una condena de hacer, de no hacer o de dar.
- i) Declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d) de este artículo.
- j) Ordenar a la Administración Pública que se abstenga de adoptar o ejecutar cualquier conducta administrativa, que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

- k) Suprimir, aun de oficio, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida a proceso, cuando sea disconforme con el ordenamiento jurídico.
- l) Hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima.
- m) Condenar al pago de los daños y perjuicios, en los siguientes términos:
 - i) Pronunciamiento sobre su existencia y cuantía, siempre que consten probados en autos al dictarse la sentencia.
 - ii) Pronunciamiento en abstracto, cuando conste su existencia, pero no su cuantía.
 - iii) Pronunciamiento en abstracto, cuando no conste su existencia y cuantía, siempre que sean consecuencia de la conducta administrativa o relación jurídico-administrativa objeto de la demanda.

XVI. Actualización o indexación de las obligaciones pecuniarias

El artículo 123 CPCA lo que hace es conferirle habilitación legislativa expresa al Tribunal para que proceda a reajustar las obligaciones pecuniarias a cuyo pago condene la sentencia. Se indica que el fin del reajuste es compensar la variación en el poder adquisitivo de la moneda ocurrido en el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago efectivo. Incluso, se indica que cuando le sea posible al Tribunal liquidar o fijar el quantum exacto de la obligación en sentencia debe contener pronunciamiento sobre su debida actualización. En los supuestos de la condenatoria en abstracto a una obligación de valor (indemnización de los daños y perjuicios) al quedar la cuantificación o traducción en dinerario diferida para la ejecución de sentencia, se le confiere al juez ejecutor la competencia de conocer y resolver, en ese caso, la liquidación y su debido reajuste (artículo 123.1).

Dentro de los diversos parámetros que pudo adoptar el legislador ordinario para el reajuste de las obligaciones pecuniarias, optó por el índice de precios al consumidor emitido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos para las obligaciones en colones y la tasa *prime rate* establecida para los bancos internacionales de primer orden para las obligaciones en moneda extranjera. Se trata de parámetros muy acertados en cuanto tienen una fluidez y dinamismo constantes, determinados por cambios en las economías y los mercados nacionales e internacionales, lo que los hace inherentemente justos y equitativos (artículo 123.2).

En caso que las partes del proceso hayan pactado previamente un parámetro de compensación de la obligación dineraria, distinto de los fijados (IPC y tasa *prime rate*) en el párrafo 2°, el órgano jurisdiccional competente, debe reconocer en sentencia el mecanismo pactado, actualizar y liquidar la obligación correspondiente hasta su pago efectivo (artículo 123.3).

XVII. Efectos de la nulidad de un acto administrativo de alcance general y “dimensionamiento” de los efectos de la sentencia

El artículo 130, párrafo 3°, dispone que la anulación de un acto administrativo de efectos generales, produce efectos *erga omnes*, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas, en cuyo caso la sentencia firme debe ser publicada íntegramente en el diario oficial a cargo de la administración que lo dictó.

Por su parte, el artículo 131, párrafo 3°, establece que cuando sea necesario para la estabilidad social y la seguridad jurídica, la sentencia debe graduar y dimensionar sus efectos en el tiempo, el espacio o la materia, norma de suma importancia cuando se trata de la impugnación de normas reglamentarias.

XVIII. Apelación tasada

Con el fin de lograr una mayor celeridad procesal y de evitar las dilaciones injustificadas que atentan contra el derecho a un proceso en un plazo razonable, el CPCA establece un elenco taxativo de resoluciones impugnables en apelación (artículos 132 y 133)⁹.

XIX. Flexibilización de la casación

En aras del *indubio pro actione*, la casación ha sido flexibilizada, suprimiendo una serie de requisitos de carácter meramente formal y admitiendo su interposición cuando la sentencia incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (artículo 134 CPCA).

⁹ El CPCA prevé, únicamente, 5 supuestos de autos apelables que son los siguientes: a) el que resuelve sobre la caución u otra contra-cautela (artículo 28.2); b) el que se pronuncia sobre las medidas cautelares (artículo 30); c) el que acuerda el archivo de la demanda defectuosa (artículo 61.2); d) el que resuelve sobre la integración de la litis (artículo 71.4) y e) el que resuelve el embargo de bienes (artículo 178). En materia de diligencias de expropiación, los artículos 41 de la Ley de Expropiaciones (No. 7495 de 3 de mayo de 1995) y 21 de la Ley de adquisiciones, expropiaciones y constitución de servidumbres del ICE (No. 6313 de 4 de enero de 1979), disponen que cabe el recurso de apelación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación, ante el Tribunal de Casación contra la resolución final que fije el monto de la indemnización. Finalmente, el artículo 45 de la Ley de Expropiaciones, indica que son apelables, en el plazo de 3 días hábiles y en efecto devolutivo, ante el Tribunal de Casación los autos dictados en el transcurso del proceso –diligencias de expropiación– que versen sobre los siguientes extremos: a) La entrada en posesión del bien expropiado; b) la designación de los peritos; c) la fijación de los honorarios de los peritos; d) lo concerniente al retiro, el monto y la distribución del avalúo; e) los que resuelvan sobre nulidades de actuaciones y resoluciones y f) los que resuelvan los incidentes de nulidad de las actuaciones periciales.

XX. Cuerpo de jueces de ejecución

Para fortalecer la tutela judicial efectiva o la “justicia cumplida” (artículo 41 constitucional), el CPCA dispuso la creación de un cuerpo especializado de jueces de ejecución con amplios poderes y facultades para lograr el cumplimiento integral y efectivo de lo establecido en sentencia (artículo 155).

Al juez ejecutor se le otorga un poder general de ejecución, puesto que, se estatuye que “(...) tendrá todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia” (artículo 155.2), esta es una cláusula general que otorga amplios poderes cuyos único límite lo constituye el principio de proporcionalidad, en el sentido que sus actuaciones sean necesarias e idóneas –al incumplimiento y a la necesidad de cumplir con las órdenes o condenas contenidas en la resolución– y exista una proporción entre la medida de ejecución adoptada y los fines propuestos de efectividad y eficacia de la sentencia o resolución. Lo anterior resulta ratificado cuando se indica que firme la sentencia, de oficio o a instancia de parte, el juez ejecutor podrá adoptar, dictar o disponer las “(...) medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución” (artículo 155.3).

XXI. Multas coercitivas

Como un medio para conminar el cumplimiento de lo dispuesto en sentencia, el CPCA introduce las multas coercitivas (artículo 159) para el funcionario público condenado en sentencia o responsable de la ejecución de la sentencia o resolución que incumple, sin justa causa, cualquier requerimiento del juez ejecutor. La multa a imponer puede oscilar entre uno o cinco salarios base. De previo a imponer la multa coercitiva, se debe dar audiencia en lo personal, por tres días hábiles, al servidor público para que formule alegatos o se oponga, de igual manera la resolución que le imponga la multa debe ser comunicada de forma personal.

Después de transcurridos 5 días a partir de la firmeza de la multa correctiva sin ser pagada, el servidor público debe pagar intereses moratorios al tipo legal por todo el lapso que no cancele, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y administrativa del caso.

XXII. Ejecución sustitutiva de la sentencia por el juez de ejecución

El artículo 161 del CPCA dispone una serie de mecanismos para lograr la ejecución, después de haber aplicado las multas coercitivas del artículo 159, habrá que entender estos instrumentos como de utilización sucesiva y escalonada, de modo que si falla el anterior, el juez ejecutor debe emplear

el siguiente y así sucesivamente. Se establecen las siguientes herramientas de ejecución: a) Requerir colaboración de las autoridades y agentes de la administración condenada o de otros entes públicos, mediante una ejecución sustitutiva; b) adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia equivalente a la conducta omitida, incluyendo la ejecución subsidiaria con cargo al ente público condenado; c) para todo efecto legal el juez o la autoridad pública requerida por éste se reputa como el competente para efectuar todas las conductas necesarias para la debida y oportuna ejecución de la sentencia, todo a cargo del presupuesto del ente condenado, siendo que el juez ejecutor puede, de conformidad con las reglas y procedimientos presupuestarios, allegar los fondos indispensables para la plena ejecución.

En caso de haberse empleado los instrumentos señalados y persiste la renuencia del ente público en cumplir, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento, con lo cual se produce una ejecución sustitutiva o sustitución comisarial de las autoridades administrativas

XXIII. Sentencia estimatoria y presupuestos públicos

En los supuestos en que un ente público resulta condenado al pago de una obligación pecuniaria, debe acordarlo y verificarlo inmediatamente de haber contenido económico suficiente y debidamente presupuestado. La sentencia firme produce, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo (artículo 166).

La certificación emitida por el juez ejecutor remitida al Departamento de Presupuesto o al superior jerárquico supremo encargado de la ejecución presupuestaria, constituye título suficiente y único para el pago respectivo y esos funcionarios deben incluir el contenido presupuestario necesario para el debido cumplimiento de la sentencia en el presupuesto inmediato siguiente, la omisión de tales funcionarios se presume falta grave de servicio –presupuesto generador de responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal–, además causal de responsabilidad disciplinaria y penal (artículo 167).

En tratándose de la administración pública descentralizada, se admite el ajuste o modificación de un presupuesto en ejecución o la confección de uno extraordinario para dar cabal cumplimiento a lo resuelto, en cuyo caso los trámites necesarios deben realizarse en los tres meses siguientes a la firmeza del fallo. En caso de sobrepasarse ese plazo, el juez ejecutor le comunica a la Contraloría General de la República para que no ejecute ningún trámite de aprobación o modificación presupuestaria del ente incumplidor, todo hasta

tanto no se incluya la partida presupuestaria pertinente. Esa paralización presupuestaria podrá ser dimensionada por el juez ejecutor para no afectar la gestión sustantiva de la entidad o las situaciones jurídicas sustanciales de terceros (artículo 168).

El artículo 172, párrafo 1°, habilita a la administración pública condenada al pago de una cantidad líquida, cuando el cumplimiento de la sentencia signifique la provisión de fondos para los cuales no es posible allegar recursos sin afectar seriamente el interés público o sin provocar trastornos graves a sus situación patrimonial, para solicitar el pago fraccionado en un máximo de tres anualidades, consignándose en el respectivo presupuesto el principal más los intereses.

XXIV. Embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público

Como una poderos herramienta para garantizar el cumplimiento efectivo de lo establecido en sentencia el CPCA admite el embargo de bienes del dominio fiscal y de algunos del público.

El embargo será procedente, a petición de parte y según el criterio del juez ejecutor, respecto de los bienes siguientes (artículo 169):

- a) Los del dominio privado de los entes públicos, en cuanto no se encuentran afectados a un fin público.
- b) La participación accionaria o económica del ente público condenado en una empresa pública –50% o más de capital público– o privada, siempre que la totalidad del embargo no supere un 25% del total participativo.
- c) Los ingresos percibidos por transferencias presupuestarias previstas en la ley a favor del ente público condenado, siempre que no superen un 25% del total de la transferencia correspondiente a ese período presupuestario.

Constituye una carga procesal del ejecutante identificar, con precisión, los bienes, fondos o rubros presupuestarios que serán objeto de embargo, so pena de un rechazo de plano de la solicitud. Para evitar el impacto nocivo sobre la gestión administrativa, se prevé la posibilidad que el ente público identifique los bienes, en sustitución de los propuestos por la parte interesada, que deben ser objeto de embargo, cambio que deberá ser aprobado por el juez ejecutor según su prudente arbitrio.

El CPCA en el artículo 170 rompe con el viejo dogma de la inembargabilidad de los bienes del dominio público, en aras del imperativo constitucional de una justicia cumplida. Es así como el artículo 209 del CPCA deroga expresamente varias leyes preconstitucionales que establecían la inembargabilidad de los bienes del dominio público (Leyes Nos. 12 de 26 de septiembre de 1918 y sus reformas y No. 70 de 8 de febrero de 1925). El artículo 170 enuncia cuáles bienes del dominio público no pueden ser objeto de embargo, así se indica que no lo pueden ser los de titularidad pública destinados al uso y aprovechamiento común, esto es, los que están sujetos a los usos generales o comunes –v. gr. área pública en la zona marítimo terrestre, parques, plazas, ríos, lagos, caminos públicos, mercados, etc.–, como tampoco los que están vinculados directamente con la prestación de servicios públicos de salud, educación o seguridad o cualquier otro que sea considerado y calificado, por el juez ejecutor, de naturaleza esencial, calificativo que debe obedecer a razones objetivas y claramente justificadas.

Tampoco se admite el embargo sobre bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares bajo cualquier título o modalidad de gestión, esto es, los que están sometidos a un uso privativo de un particular, por virtud de ley, un permiso de uso o una concesión.

Se descarta, también, para evitar una paralización absoluta de la gestión administrativa, el embargo sobre las cuentas corrientes y cuentas clientes, fondos, valores o bienes indispensables o insustituibles para el cumplimiento de fines o servicios públicos de las administraciones públicas, los destinos específicos dispuestos por ley –y admitidos por la jurisprudencia constitucional–, el servicio de la deuda pública –tanto de intereses como de amortización–, el pago de servicios personales, los fondos destinados para atender estados de necesidad o urgencia, para dar efectividad al sufragio, los destinados al pago de pensiones, las transferencias del fondo especial para la educación superior y los fondos otorgados en garantía, aval o reserva en un proceso judicial.

XXV. Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros

Para que proceda la extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros (artículo 185 párrafo 1°), es preciso la existencia, al menos, de 2 fallos de casación –de la Sala Primera o del Tribunal de Casación– que hayan reconocido una situación jurídica sustancial a los sujetos que fueron parte de esos procesos, siempre que exista identidad de objeto y causa, entre la pretensión de los procesos ya fallados y el que está en trámite.

El CPCA (artículo 185, párrafo 2) prevé que la solicitud de extensión y adaptación se haga en la propia vía administrativa, en cuyo caso la solicitud se dirige a la propia administración pública activa demandada, en escrito razonado y con copia de la jurisprudencia, dentro del plazo de 1 año a partir de la firmeza del segundo fallo. Si la administración activa no resuelve la solicitud en el plazo de 15 días hábiles o la desestima expresamente, la parte interesada acudirá directamente ante el Tribunal de Casación o la Sala Primera según corresponda.

El artículo 186 prevé la solicitud formulada en la sede jurisdiccional –ante el Tribunal de Casación o la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia–, en cuyo caso si el órgano jurisdiccional la estima procedente emite resolución ordenando la extensión y adaptación de los efectos de los fallos y se hará efectiva a través del proceso de ejecución de sentencia.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA EN AMÉRICA LATINA

Jorge Enrique Romero-Pérez

I. Introducción

Los temas del gobierno digital, compras públicas electrónicas, firma digital, etc., son el presente y el futuro de la administración pública, que se postula como regida por la transparencia, eficacia, legalidad.

Presentaremos algunos aspectos de las últimas leyes de contratación pública en América Latina, haciendo énfasis fundamentalmente, por ejemplo, en el tema del portal o plataforma electrónica, tribunal administrativo de contratación estatal, resolución alterna de conflictos y el órgano rector de las compras públicas.

Por lo que se refiere a los portales electrónicos en América Latina, se ha hecho una clasificación de países con portales transaccionales, interactivos, o con pizarras informativas; y, de naciones sin los citados portales (CONCHA, pág. 23, 2008, versión digital, www.iadb.org)

La exposición que se hace no incluye los reglamentos de las leyes citadas, ni decretos ejecutivos, instructivos o manuales sobre esta materia, debido a razones de espacio.

Por ello, deseamos enfatizar los nuevos caminos de la contratación pública a nivel de las leyes que citamos *infra*.

Asimismo, deseamos recordar los principios del Gobierno electrónico:

Igualdad: el uso de los medios electrónicos no puede implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para las personas que se relacionan con las Administraciones Públicas.

Legalidad: también en el gobierno digital o electrónico prevalece el principio de legalidad, en el entendido de que el Estado sometido al derecho y que solamente puede hacer lo que el ordenamiento jurídico le autoriza.

Conservación: la información que está en la respectiva plataforma o portal electrónico se deben conservar en las mismas condiciones que por los medios tradicionales.

Transparencia y accesibilidad: la información digital debe ser accesible a las personas que la consulten en un lenguaje comprensible.

Responsabilidad: se le aplica la responsabilidad correspondiente por los actos realizados por los funcionarios públicos, del mismo modo que aquellos hechos por los medios tradicionales.

Proporcionalidad: los requerimientos de seguridad deben ser adecuados a la naturaleza de la relación que se establezca con la Administración Pública.

Adecuación tecnológica: las Administraciones Públicas seleccionarán las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades (*Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*, aprobada en la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Pucón, Chile 31 de mayo y 1 de junio del 2007; www.clad.org.ve)

II. Argentina. Decreto 1023 del 2001. Régimen de contrataciones de la administración nacional

VISTO el expediente N° 004/2001 del Registro de la Subsecretaria de la gestión pública dependiente de la Secretaria para la modernización del Estado de la Jefatura de gabinete de ministros, por el cual tramita la aprobación del régimen de contrataciones de la administración nacional y la ley n° 25.414; y, que por la ley citada en el visto el honorable Congreso de la Nación delegó en el Poder Ejecutivo Nacional, hasta el 1° de marzo del año 2002, el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de administración y resultantes de la emergencia pública, procede el Presidente de la Nación Argentina a emitir este decreto.

Artículo 1°. Objeto.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.

Se establece el objeto de aplicación de esta normativa .

Artículo 21. Contrataciones en formato digital.

Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5° del presente.

Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2° estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación.

Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente.

Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 8° de la Ley N° 19.549, su modificatoria y normas reglamentarias, en los términos establecidos en las disposiciones referentes al empleo de la firma digital en el Sector Público Nacional, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en los artículos 4° y 5° de este régimen, aun a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa.

Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

Se regula la contratación administrativa electrónica o en formato digital.

Artículo 23. Organos del sistema (modificación introducida por el artículo 12 del Decreto 666/2003. Texto anterior: "organización del sistema".) El sistema de contrataciones se organizará en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.

Los órganos del sistema y sus respectivas funciones serán:

a) El Organismo Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el artículo 29, inciso b) del presente régimen; y

b) Las unidades operativas de contrataciones funcionarán en las jurisdicciones y entidades aludidas en el artículo 2° del presente y tendrán a su cargo la gestión de las contrataciones.

El reglamento emitido por decreto 1818 del 2006, reitera que el organismo rector de esta materia, será la Oficina Nacional de Contrataciones de la Secretaría.

Artículo 30. Observaciones e impugnaciones.

La reglamentación deberá prever cuáles actuaciones podrán ser susceptibles de observaciones o impugnaciones, el trámite que se dará a ellas y los requisitos para su procedencia formal. Toda observación, impugnación, reclamo o presentación similar que se efectúe fuera de lo previsto en la reglamentación no tendrá efectos suspensivos y se tramitará de acuerdo a lo que determine dicha reglamentación.

Por vía reglamentaria se regulará lo concerniente a observaciones e impugnaciones.

El reglamento emitido por decreto 1818 del 2006, manda que el organismo rector de esta materia, será la Oficina Nacional de Contrataciones de la Secretaría de la gestión pública de la Jefatura del gabinete de ministros, la cual usará el sistema electrónico que esta Oficina habilite (www.argentinacompra.gov.ar) y lo pondrá en ejecución en forma progresiva en la Administración Pública.

III. Chile. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, no. 19.886 Del 2003 y sus reforma

Artículo 1°. Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.

Este numeral define el ámbito de acción de esta ley, estableciendo la jerarquía normativa que se aplicará.

Artículo 18. Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación

Pública. Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogándose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección. Dicha actividad deberá ajustarse a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas, en la ley de firma electrónica y en las normas establecidas por la presente ley y su reglamento.

Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, el reglamento determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas.

Se establece como la regla, la utilización de los medios electrónicos para participar en las compras del Estado, quedando como excepción, por vía de reglamento, el uso de medios manuales o no electrónicos.

Artículo 19. Créase un Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que se aplicará a los organismos señalados en el artículo 1° de la presente ley, y que deberá estar disponible a todo el público, en la forma que regule el reglamento.

El Sistema de Información será de acceso público y gratuito.

Se crea el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la *Dirección de Compras y Contratación Pública*, con un acceso al público de modo gratuito.

Artículo 20. Los órganos de la Administración deberán publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento. Dicha información deberá ser completa y oportuna refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas; aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras, todo según lo señale el reglamento.

Los organismos públicos regidos por esta ley, estarán exceptuados de publicar en el sistema de información señalado precedentemente, aquella información sobre adquisiciones y contrataciones calificadas como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley. Las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad cumplirán con esta obligación, en conformidad a su legislación vigente sobre manejo, uso y tramitación de documentación.

Aunque se dice que el acceso a esta información es gratuito y público, se establece una información de carácter secreto, reservado o confidencial.

Las páginas web que se pueden consultar son: www.chilecompra.cl; y, www.mercadopublico.cl.

Artículo 28. Créase, como servicio público descentralizado, la Dirección de Compras y Contratación Pública, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y cuyo domicilio será la ciudad de Santiago.

La Dirección citada se crea como un servicio público descentralizado sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República mediante el Ministerio de Hacienda.

Artículo 29. La dirección superior, la organización y la administración de la Dirección de Compras y Contratación Pública corresponderán a un Director de exclusiva confianza del Presidente de la República, quien será el Jefe Superior del Servicio.

El jerarca de la Dirección de compras y contratación administrativa, es de exclusiva confianza del Presidente de la República.

Artículo 30. Son funciones del Servicio (Dirección de Compras y Contratación Pública) las siguientes:

- a. Asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual.
- b. Licitación de la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas.

Sin embargo, en aquellos casos que señale el reglamento, la Dirección de Compras y Contratación Pública estará facultada para operar directamente el sistema.

- c. Suscribir convenios con las entidades públicas y privadas que correspondan para los efectos de recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores a que se refiere el artículo 16.
- d. De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, los que estarán regulados

en el reglamento de la presente ley. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos afectos a las normas de esta ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este caso deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.

Los organismos públicos que obtuvieren por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los cuales la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene convenios marco vigentes, deberán informar de tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos.

La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las municipalidades, sin perjuicio de que éstas, individual o colectivamente, puedan adherir voluntariamente a los mismos.

La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las Fuerzas Armadas y para las de Orden y Seguridad Pública, respecto de los bienes y servicios que respectivamente determinen el Director de Logística del Ejército, el Director General de los Servicios de la Armada, el Comandante del Comando Logístico de la Fuerza Aérea, el Director de Logística de Carabineros y el Jefe de la Jefatura de Logística de la Policía de Investigaciones, de acuerdo a los criterios que al respecto defina el reglamento.

e. Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios en la forma que establezca el reglamento.

f. Administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores a que se refiere el artículo 16, otorgando los certificados técnicos y financieros, según lo establezca el reglamento.

g. Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por ésta.

h. Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles.

La Dirección de Compras y Contratación Pública podrá cobrar por la operación de los sistemas de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica que debe licitar, de acuerdo a lo establecido en la letra b) de este artículo.

Las tarifas señaladas precedentemente se fijarán por resolución fundada de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Las funciones señaladas precedentemente, no podrán en caso alguno limitar o restringir las facultades consagradas por leyes especiales, a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, al General Director de Carabineros y al Director General de la Policía de Investigaciones.

En este numeral se asignan las funciones propias de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Artículo 21. Los órganos del sector público no regidos por esta ley, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 18, 19 y 20 de esta ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento.

Se establece un régimen especial para suministrar información, al tenor de los numerales 18 a 20 de esta ley.

Artículo 22.- Créase un tribunal, denominado “Tribunal de Contratación Pública”, que tendrá su asiento en Santiago.

El Tribunal estará integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

Las ternas serán formadas sucesivamente, tomando los nombres de una lista, confeccionada especialmente para tal efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público. En la señalada lista sólo podrán figurar abogados que sean chilenos; se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria; acrediten experiencia en la materia, y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente. En ningún caso, podrán figurar en las ternas aquellos profesionales que hayan sido separados de sus cargos como funcionarios judiciales, sea en la calificación anual o en cualquier otra oportunidad.

Los integrantes del Tribunal elegirán a uno de sus miembros para que lo presida, por un período de dos años, pudiendo ser reelegido.

Los integrantes designados en calidad de suplentes ejercerán el cargo que les haya sido asignado en aquellos casos en que, por cualquier circunstancia, no sea desempeñado por el titular. Dicha suplencia no podrá extenderse por más de seis meses continuos, al término de los cuales deberá, necesariamente, proveerse el cargo con un titular, de la manera ya señalada, por el período que reste para el ejercicio del mismo.

Los integrantes del Tribunal tendrán derecho a que se les pague la suma equivalente a un treintavo de la renta del Grado IV, correspondiente a Ministros de Corte de Apelaciones, por cada sesión a la que asistan, con un máximo de doce sesiones mensuales.

Los integrantes del Tribunal permanecerán en el ejercicio de sus cargos por un plazo de cinco años, pudiendo ser nuevamente designados, de la misma forma antes establecida.

Este Tribunal fallará conforme a derecho y estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, de conformidad con lo que establece el artículo 79 de la Constitución Política de la República.

Un auto acordado, dictado por la Corte Suprema, regulará las materias relativas a su funcionamiento administrativo interno, velando por la eficaz expedición de los asuntos que conozca el Tribunal.

El artículo constitucional 79, manda que la Corte Suprema tenga la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales (Modificado por Ley 20.050 de 2005).

Se procede a la creación del Tribunal de Contratación Pública, integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

De esta manera se trata de aliviar la influencia del Poder Ejecutivo respecto de este tribunal, al momento del nombramiento de sus integrantes.

Artículo 23. El Tribunal designará mediante concurso público, un abogado, a contrata, de su exclusiva confianza y subordinación, quien tendrá el carácter de ministro de fe del Tribunal y desempeñará las demás funciones que éste le encomiende.

La Dirección de Compras y Contratación Pública deberá proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Interesante lo que se dispone en este artículo, en cuanto a que la Dirección de Compras y Contratación Pública deberá proporcionarle al Tribunal citado, la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Artículo 24. El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en

los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.

La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación.

Como tribunal que es, conocerá y resolverá de las impugnaciones que se establezcan contra actos (sentido positivo) u omisiones (sentido negativo) que violen el ordenamiento jurídico respectivo.

IV. Colombia. Estatuto general de contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993 y sus reformas (Ley 1150 del 2007)

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Se regula lo que concierne al objeto de aplicación de esta ley.

Artículo 3. De la contratación pública electrónica

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

- a. Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;
- b. Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

c. Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

d. Integrará el Registro Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

Esta norma habilita el uso de la contratación administrativa electrónica; y, el desarrollo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, al cual le asigna las funciones respectivas.

Con anterioridad, mediante decreto 2178 del 29 de junio del 2006, el Presidente de la República creó el Sistema electrónico para la contratación pública.

Artículo 68. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales

Las entidades a que se refiere el artículo segundo del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Por esta norma, se habilita a la Administración Pública el uso de soluciones alternas de conflictos en la contratación pública.

Artículo 69. De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa

Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

Se establece que las partes negociantes no pueden impedir el uso de los mecanismos de solución alterna de conflictos.

Artículo 70. De la cláusula compromisoria

En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por

razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirán por las normas vigentes sobre la materia.

Se refiere al arbitraje de derecho, obvio compuesto por profesionales en derecho y el establecimiento de la cláusula compromisoria o de arbitraje.

Artículo 71. Del compromiso

Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

Evidentemente, las partes pueden acordar ir a un arbitraje, a pesar de que inicialmente no se hubieran puesto de acuerdo. Se requiere que exista acuerdo entre partes, en este aspecto, como es lógico.

Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral

Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complementa.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1º. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

2º. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

3º. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

4º. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

5°. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

El trámite y efectos del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Se establece que se puede anular el arbitraje de acuerdo a las causales legales expresamente indicadas en este numeral.

V. Costa Rica. Ley nº. 7494 de contratación administrativa de 1996 y sus reformas

Artículo 1. Cobertura

Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.

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.

Cuando en esta Ley se utilice el término “ Administración “, se entenderá que se, refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.

Este numeral se refiere al ámbito de aplicación, es decir, la cobertura o radio de acción.

Artículo 40. Uso de medios electrónicos

Para realizar los actos previstos en esta Ley, la administración y los particulares podrán utilizar cualquier medio electrónico que garantice la integridad del documento y la identidad del emisor. Estos actos tendrán la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos.

En el Reglamento de esta Ley se definirán los actos susceptibles de transmitirse por medios electrónicos y sus formalidades.

Por su parte el Reglamento a esta ley, regula el uso de los medios electrónicos en procedimientos de contratación administrativa en los artículos 140 a 144.

Se define la aceptación del uso de los medios electrónicos en el terreno de la contratación pública, dándoles la validez y la eficacia de los medios manuales o físicos.

En este aspecto indico que la Directora General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, del Ministerio de Hacienda, del Estado

costarricense, Licda. JEANNETTE SOLANO GARCÍA me envió este correo electrónico (12 de junio del 2009) que transcribo, dada la importancia de su contenido:

si bien es cierto, que la Ley de contratación administrativa en su artículo 40 utiliza el uso de los medio electrónicos en las contrataciones administrativa y le da la misma eficacia del documento físico, debe tenerse presente el complemento de la Ley de firma digital, al ser dos normas complementarias¹.

(Nota de JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, jerp: Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos , No. 8454 del 30 agosto 2005; el Reglamento de esta ley es el Decreto Ejecutivo No. 33018- MICIT del 20 marzo 2006).

Esta última otorga un efecto limitado a los certificados digitales, por unidades certificadoras no acreditadas ante la dirección de Unidades Certificadoras

(artículo 10 del Reglamento a la Ley de Certificados y Firma digital y documentos electrónicos).

Cito la situación que actualmente se da en el uso de los medios electrónicos, específicamente con la experiencia de CompraRED Este sistema tiene digitalizadas todas las etapas del proceso de contratación, desde el inicio del trámite hasta su finiquito, todos los procesos se registran en línea utilizando firma digital, a través de certificados digitales, los cuales están almacenados en dispositivos “token”. Estos certificados son emitidos por la Unidad Certificadora del Ministerio de Hacienda, y son utilizados para el uso de los sistemas CompraRED; TICA y Tributación Digital. Toda Transacción que se realiza en CompraRED se firma digitalmente.

(Nota de jerp: Token de seguridad, token de autenticación o token criptográfico: es un dispositivo electrónico que se le da a un usuario autorizado de un servicio computarizado para facilitar el proceso de autenticación).

Los *tokens* electrónicos tienen un tamaño pequeño que permiten ser cómodamente llevados en el bolsillo o la cartera y son normalmente diseñados para atarlos a un llavero. Los *tokens* electrónicos se usan para almacenar claves criptográficas como firmas digitales, o datos biométricos como las huellas digitales. Algunos diseños se hacen a prueba de alteraciones, otro pueden incluir teclados para la entrada de un PIN.

Existen más de una clase de *token* de autenticación, tenemos los bien conocidos generadores de contraseñas dinámicas “OTP” y la que comúnmente denominamos *tokens* USB, los cuales no solo permiten almacenar passwords y

certificados, sino que permiten llevar la identidad digital de la persona, www.eswikipedia.org).

En compraRED se realizan procedimientos electrónicos; incluso la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, ha promovido varias licitaciones de convenios marco, donde en el cartel se ha regulado la utilización de los medios electrónicos (las diferentes etapas del proceso incluso oferta electrónica), asimismo actualmente las instituciones realizan las compras a través de catálogo electrónico o tienda virtual, totalmente electrónico, incluyendo la generación del pedido u orden de compra, la cual es notificada a través de compraRED al proveedor comercial.

Sin embargo, aún cuando se realizan procesos de contratación electrónica, a la fecha, en nuestro país no se ha podido implementar efectivamente la validez de los medios electrónicos con todos los efectos previstos en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documento Electrónicos, y su reglamento, donde se sustituya el documento físico por electrónico, con pleno efecto legal frente a terceros, sino que actualmente los certificados emitidos por certificadores no registrados, solamente tienen efectos para ser empleados como elemento de convicción complementario para establecer la existencia y alcances de un determinado acto o negocio.

Es por lo anterior, que aún cuando se realizan procedimientos de licitaciones y contrataciones directas electrónicas; no se ha podido realizar los procesos totalmente electrónicos, eliminando en su totalidad los documentos físicos, porque hay algunas de las etapas (fase recursiva y la formalización contractual) donde, en virtud de la limitación antes indicada, la Administración debe conformar el expediente físico, para culminar con el proceso respectivo.

Por esta razón, es que esta Dirección General ha hecho la aclaración en forma reiterada, de que en tanto no se consolide en nuestro país la implementación de la firma digital tal y como está regulada en la Ley N° 8454 y su reglamento, los efectos jurídicos en el uso de los medios electrónicos, están limitados.

Artículo 59. Estudio de impacto ambiental

El inicio del procedimiento de contratación de una obra pública siempre estará precedido, además de los requisitos establecidos en esta Ley y sus reglamentos, por un estudio de impacto ambiental que defina los efectos de la obra.

Los proyectos incluirán las previsiones necesarias para preservar o restaurar las condiciones ambientales, cuando puedan deteriorarse. Asimismo, darán participación en los procedimientos a las entidades competentes en la materia.

Por lo que se refiere al contrato de pobra pública se necesita previamente de un estudio de impacto ambiental.

En este aspecto, indicaría que el tema de las *compras verdes*, se refiere a la adquisición de productos, bienes o servicios, que toma en cuenta no sólo los aspectos económicos o técnicos de lo adquirido o contratado, sino además el comportamiento o impacto ambiental que ellos tienen.

Se discute si este aspecto ambiental, es un obstáculo, que encarece las ofertas (o, impide que oferentes participen) cuando la Administración Pública establece en el pliego de bases o de condiciones *requisitos verdes* (punto de vista de los defensores del mercado y de la competencia). La *corriente verde*, sostiene que se debe dar una protección al ambiente, siendo el Estado el llamado a dar esa protección, también en el campo de las compras públicas, pues la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 50, párrafo segundo, establece la obligación para el Estado de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. *Los verdes*, le reclaman a los defensores del mercado y de la competencia, que primero está el ambiente y la naturaleza; y, después los intereses comerciales. Por mi parte me adhiero al criterio de los *verdes* (ROMERO-PÉREZ, *compras verdes*, 2009).

Artículo 103. Naturaleza y funciones

La Proveeduría Nacional (Dirección General de administración de bienes y contratación administrativa) es un órgano técnico y consultivo del Ministerio de Hacienda, que tendrá dentro de sus funciones:

- a) El trámite en todas sus etapas incluso la de adjudicación, de los procedimientos para contratar del Poder Ejecutivo que no estén asignados a proveedurías institucionales.
- b) Brindar asesoría a los sujetos públicos y privados, que desarrollan actividades de contratación administrativa.
- c) Evaluar las políticas y los procedimientos de contratación, con la finalidad de que se ajusten, constantemente, a satisfacer el interés público.
- d) Administrar el fondo circulante.
- e) Las que le asignen otras leyes o reglamentos.

(Nota: por Ley de la administración financiera de la República No. 8131 del 2001, artículo 128 se le cambia el nombre a la proveeduría nacional por Dirección General de administración de bienes y contratación administrativa).

Esta Dirección tiene a su cargo la rectoría de la contratación pública solo en el terreno del Poder Central; quedando excluido el Poder Descentralizado, compuesto por una variedad de instituciones de derecho público; las municipalidades y las universidades públicas.

Se indican aquí las funciones asignadas a esta Dirección.

Ley de la administración financiera de la República y presupuestos públicos No. 8131 del 2001

Artículo 97. Definición

El Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa estará conformado por los principios, métodos y procedimientos utilizados así como por los organismos participantes en el proceso de contratación, manejo y disposición de bienes y servicios por parte de la Administración Central.

Queda así definido legalmente el radio de acción de la Dirección en mención, respecto del Poder Central o Ejecutivo.

Artículo 98. Objetivos

El Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa tendrá los siguientes objetivos:

- a) Propiciar que los bienes y servicios se administren atendiendo criterios técnicos y económicos.
- b) Promover el mantenimiento adecuado de los bienes de la Administración Central.
- c) Favorecer el desarrollo de mecanismos ágiles y eficientes para disponer de los bienes en desuso u obsoletos.
- d) Suministrar información sobre el estado, la ubicación y el responsable de los bienes muebles e inmuebles de la Administración Central.
- e) Propiciar la integración de los registros de los bienes del Gobierno al Sistema de Contabilidad.
- f) Propiciar que los bienes se adquieran oportunamente y a satisfacción del interés público, atendiendo los principios de publicidad y transparencia.

Legalmente, se definen los objetivos propios del Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa.

Artículo 99.-Órgano rector

La Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa será el órgano rector del Sistema; por tanto, le corresponderán los siguientes deberes y funciones:

- a) Ejecutar las acciones necesarias para establecer políticas en materias propias del sistema regido por ella.
- b) Evaluar los procesos de contratación periódicamente y al cierre del ejercicio; para esto podrá requerir la información pertinente de las dependencias públicas o privadas con financiamiento público.
- c) Proponer las modificaciones necesarias para que las normas y los procedimientos utilizados en los procesos del Sistema garanticen la protección del interés público.
- d) Orientar, mediante lineamientos, la elaboración de los programas de compras de la Administración Central.
- e) Supervisar las proveedurías institucionales de la Administración Central, para asegurarse de la ejecución adecuada de los procesos de contratación, almacenamiento y distribución o tráfico de bienes.
- f) Desarrollar investigaciones tendientes a confirmar los estándares de calidad; asimismo, promover técnicas que reduzcan los costos, mejoren los procedimientos y protejan el medio ambiente.
- g) Llevar el control de los pedidos al exterior de la Administración Central y los medios de pago, así como elaborar la información imprescindible para tramitar las exoneraciones, cuando procedan según la legislación.
- h) Desarrollar codificaciones específicas basadas en los clasificadores de gasto que sirvan para crear catálogos de mercancías y registros de proveedores.
- i) Acreditar, temporalmente, en las proveedurías institucionales de la Administración Central a agentes de compra para los fines de su misión.
- j) Proponer su propia organización la cual se determinará mediante reglamento.
- k) Requerir información a las instituciones y dependencias del sector público para el cumplimiento de sus funciones.
- l) Velar porque los responsables ejerzan el control adecuado de los inventarios de bienes muebles, inmuebles y semovientes.

m) Elaborar un informe anual sobre la situación y las variaciones de los bienes de la Administración Central, así como sobre las acciones desarrolladas para la adecuada gestión en esta materia, de modo que el Ministro de Hacienda pueda informar a la Contraloría General de la República sobre este particular.

n) Promover el perfeccionamiento catastral y registral de los títulos de propiedad de la Administración Central y requerir del organismo técnico competente las acciones necesarias para preservar el patrimonio inmobiliario del Gobierno Central.

ñ) Los deberes y las funciones que le asignen otras leyes o reglamentos.

Se trata del enunciado de funciones más amplio que el que establece el numeral 103 de la Ley de contratación administrativa, anterior a esta ley de administración financiera. www.comprared.cr

Se enfatiza el papel de rector de la contratación administrativa y del *Sistema* indicado, a cargo de la *Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa*.

Artículo 100. Administración de servicios

El órgano rector del Sistema decidirá los lineamientos para evaluar los servicios contratados por la Administración.

El rector del Sistema que es la Dirección indicada, establecerá los lineamientos que servirán para evaluar los servicios contratados por la Administración.

VI. Ecuador. Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública, 2 de julio de 2008

Artículo 1. Objeto y ámbito

Esta ley establece el sistema nacional de contratación pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: (...)

Este primer numeral, como es costumbre, establece el ámbito de acción de la normativa, tanto a nivel legal como de principios.

Artículo 7. Sistema nacional de contratación pública

El sistema nacional de contratación pública, es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas, orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución

de las contrataciones realizadas por entidades contratantes. Forman parte del sistema nacional de contratación pública, las entidades sujetas al ámbito de esta ley.

Se da una definición de lo que es el sistema nacional de contratación pública, tanto a nivel de normas como de principios, mecanismos, etc., orientados al buen funcionamiento de la contratación administrativa.

Artículo 10. Instituto nacional de contratación pública

Créase el Instituto nacional de contratación pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa y técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el director ejecutivo, quien será designado por el Presidente de la República.

Su sede será la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

Este numeral establece la creación del Instituto nacional de contratación pública como un órgano de derecho público, ya que es parte del Estado, con la acostumbrada personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.

Este Instituto es el rector del sistema nacional de contratación pública y tiene a su cargo las funciones siguientes:

El instituto ejercerá la rectoría del sistema nacional de contratación pública conforme a las siguientes atribuciones:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, compraspúblicas, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;

6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;

7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;

8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;

10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;

11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;

12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;

13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;

14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;

15. Publicar en el Portal compraspublicas el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;

16. Elaborar y publicar las estadísticas del sistema nacional de compras públicas; y,

17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.

Artículo 11. El Directorio del Instituto Nacional de Contratación Pública estará integrado por:

1. El Ministro de Industrias y Competitividad, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente;

2. La máxima autoridad del Organismo Nacional de Planificación;
3. El Ministro de Finanzas;
4. El Alcalde designado por la Asamblea General de la Asociación de Municipalidades del Ecuador; y,
5. El Prefecto designado por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador, CONCOPE.

Actuará como Secretario el Director Ejecutivo del INCP, quien intervendrá con voz pero sin voto.

La junta directiva o directorio de este órgano colegiado queda bajo el control del Poder Ejecutivo.

Artículo 12. Son funciones exclusivas del Directorio las siguientes:

1. Planificar, priorizar, proponer y dictar la política nacional en materia de contratación pública;
2. Dictar las normas o políticas sectoriales de contratación pública que deben aplicar las entidades competentes; y,
3. Dictar la normativa para la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Este órgano colegiado tiene las citadas funciones de modo exclusivo y propio.

Artículo 21. Portal de compras públicas

El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador *compraspublicas* será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

El portal de *compraspublicas* contendrá, entre otras, el registro único de proveedores, catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del sistema nacional de compras públicas, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del INCP.

El portal deberá además integrar mecanismos para la capacitación en línea de los actores del SNCP.

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de compraspublicas.

El Reglamento contendrá las disposiciones sobre la administración del sistema y la información relevante a publicarse.

El numeral 6.25 define el portal de compras públicas como el sistema informático oficial de contratación pública del Estado Ecuatoriano localizable en: www.compraspublicas.gov.ec

El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador [compraspublicas](http://compraspublicas.gov.ec), será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública. Queda así definida la rectoría y la administración responsable de este Sistema.

Artículo 104. Métodos Alternativos de Solución de Controversias

De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Queda así establecido el mecanismo de solución alterna de conflictos, fuera del Poder Judicial.

VII. Mexico. Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, últimas reformas del 30 de abril del 2009

Artículo 1. La presente ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de las adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen (estas dependencias públicas).

(Artículo 134 constitucional: los contratos del Estado mexicano se realizarán mediante licitaciones públicas).

Se da así una referencia directa a la Carta Magna, procediendo a legislar respecto del citado numeral constitucional 134.

Artículo 2. Compranet

El sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, integrado entre otra información, por los programas anuales en la materia, de las dependencias y entidades, el registro único de proveedores, etc. Este Sistema será de consulta gratuita y constituirá

un medio por el cual se desarrollarán procedimientos de contratación. El sistema estará a cargo de la secretaría de la Función pública.

Esta plataforma electrónica o portal digital, está dedicado a las compras públicas, siendo su acceso gratuito.

Como toda plataforma digital, lo deseable es que sea de fácil acceso, para dar lugar a la llamada transparencia.

Artículo 26 bis. Medios para realizar la licitación pública

Presencial: los licitantes exclusivamente podrán presentar sus proposiciones en forma documental y por escrito, en sobre cerrado, durante el acto de presentación y apertura de proposiciones, o bien, si así se prevé en la convocatoria de la licitación, mediante el uso del servicio postal o de mensajería.

Electrónica: exclusivamente se permitirá la participación de los licitantes a través de compranet.

Mixta: los licitantes, a su elección, podrán participar en forma presencial o electrónica en la junta o las juntas de aclaraciones, el acto de presentación y apertura de proposiciones y el acto de fallo.

De acuerdo a los avances de la electrónica y la informática en América Latina, los sistemas de operatividad de las compras públicas, tendrán esas características de presencial, electrónica y mixta.

Artículo 27. Las licitaciones públicas podrán llevarse a cabo a través de medios electrónicos, conforme a las disposiciones administrativas que emita la Secretaría de la Función Pública, en cuyo caso las unidades administrativas que se encuentren autorizadas por la misma, estarán obligadas a realizar todos sus procedimientos de licitación mediante dicha vía, salvo en los casos justificados que autorice la Secretaría de la Función Pública.

El papel rector del sistema de contratación pública lo lleva a cabo esta Secretaría de la Función Pública.

Artículo 56. La forma y términos en que las dependencias y entidades deberán remitir a la Secretaría de la Función Pública, y a la Secretaría de Economía, la información relativa a los actos y los contratos materia de esta Ley, serán establecidos por dichas Secretarías, en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

La administración del sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, estará a cargo de la Secretaría de la Función Pública, a través de la unidad administrativa que determine su

Reglamento, en el cual las dependencias, entidades y los demás sujetos de esta Ley, deberán incorporar la información que ésta les requiera.

Se ratifica el rol rector y administrador de esta Secretaría de la Función pública en el terreno de las compras públicas.

Artículo 56 Bis. El sistema integral de información contará, en los términos del Reglamento de esta Ley, con un registro único de proveedores, el cual los clasificará de acuerdo, entre otros aspectos, por su actividad, datos generales, nacionalidad e historial en materia de contrataciones y su cumplimiento.

Existirá un registro único de proveedores del Estado en una plataforma electrónica, lo cual facilita y favorece la operatividad de este sistema.

Artículo 57. La Secretaría de la Función Pública, en el ejercicio de sus facultades, podrá verificar, en cualquier tiempo, que las adquisiciones, arrendamientos y servicios se realicen conforme a lo establecido en esta Ley o en otras disposiciones aplicables.

La vigilancia y el control del funcionamiento del sistema de compras públicas, está a cargo de la Secretaría de la Función Pública.

Artículo 59. Los licitantes o proveedores que infrinjan las disposiciones de esta Ley, serán sancionados por la Secretaría de la Función Pública.

El poder sancionatorio sobre los particulares oferentes y contratistas, corre a cargo de la Secretaría de la Función Pública.

Artículo 65. La Secretaría de la Función Pública conocerá de las inconformidades que se promuevan contra los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación.

También esta Secretaría de la Función Pública conocerá y resolverá lo concerniente a las protestas o inconformidades que se presenten contra actos y procedimientos de la contratación pública.

VIII. Panamá. Ley No. 22 del 8 de junio del 2006 que regula la contratación pública

Artículo 1. Ámbito de aplicación. La presente Ley tiene por objeto establecer las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonio para:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
2. La ejecución de obras públicas.
3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
4. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.
6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.

El ámbito de acción de la ley queda definido, de conformidad con las normas y principios que rigen la contratación pública, indicándose las materias que están bajo su regulación.

Artículo 8. Creación. Se crea la Dirección General de Contrataciones Públicas como entidad autónoma, con patrimonio propio, personería jurídica, autonomía en su régimen interno e independencia en el ejercicio de sus funciones, que tendrá facultad para regular, interpretar, fiscalizar y asesorar en los procedimientos de selección de contratista que realicen las instituciones estatales, sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República y a las políticas del Órgano Ejecutivo, para lo cual el enlace será el Ministerio de Economía y Finanzas.

La Dirección General de Contrataciones Públicas estará a cargo de un Director General, quien ejercerá su representación legal, y de un Subdirector General, quien lo reemplazará en sus faltas y ejercerá, a su vez, las funciones que este le asigne.

Los cargos de Director y Subdirector General de Contrataciones Públicas serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y ambos estarán sujetos a la ratificación de la Asamblea Nacional.

Todo lo concerniente al funcionamiento y a la estructura organizacional, así como a los recursos para el funcionamiento de esta Dirección será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.

Se crea la Dirección General de Contrataciones Públicas con el rango legal respectivo para el buen desarrollo de sus actividades, como el órgano rector de las compras públicas.

Interesa destacar que los cargos de Director y Subdirector General de Contrataciones Públicas serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y ambos estarán sujetos a la ratificación de la Asamblea Nacional.

Artículo 9. Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

1. Absolver las consultas en materia de implementación y aplicación de la presente Ley.
2. Dictar actos administrativos que garanticen la aplicación de esta Ley y su reglamento, y que posibiliten el funcionamiento de la Dirección y su interrelación con los demás organismos.
3. Asesorar a las entidades públicas en la planificación y gestión de sus procesos de contrataciones.
4. Implementar y establecer las condiciones de funcionamiento y de organización del registro de proponentes para contrataciones electrónicas, del registro de contratos y del registro de contratistas inhabilitados y sancionados.
5. Estandarizar los aspectos generales de los pliegos de cargos de cada tipo de acto público y de cada modo de contratación, incluyendo los formularios e instructivos.
6. Emitir las políticas y los lineamientos generales para el diseño, la implementación, la operación y el funcionamiento del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", en coordinación con la Secretaría de la Presidencia para la Innovación Gubernamental.
7. Realizar las licitaciones de convenio marco, de acuerdo con lo que establece esta Ley y su reglamento.
8. Confeccionar, estructurar y administrar el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios.
9. Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes.
10. Ejercer una labor de difusión hacia los proveedores potenciales de la Administración, de las normativas, los procedimientos y las tecnologías utilizados por esta.
11. Resolver, en única instancia, las acciones de reclamo que se presenten en los procesos de selección de contratista efectuados en las entidades públicas.
12. Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratista que hayan sido omitidos, así como la corrección o suspensión de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.

13. Fiscalizar los procesos de selección de contratista que celebren las entidades públicas.

14. Ejercer las demás atribuciones que le sean conferidas por esta Ley y el reglamento.

Corresponde a la Dirección General de Contrataciones Públicas el desarrollo, la organización, la operación, el control de los procesos y recursos, la evaluación permanente, la fiscalización y todo lo relativo a la administración eficaz del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, con el apoyo de la Secretaría de la Presidencia para la Innovación Gubernamental.

Se establecen las funciones de esta Dirección general de contrataciones públicas, con el fin de que pueda cumplir su papel de órgano rector de las compras del Estado, incluyendo la responsabilidad en el manejo de la plataforma electrónica o portal digital *panamacompra*.

Artículo 104. Creación. Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia, de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.
2. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.
3. Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.

Se procede a la creación del tribunal administrativo de contrataciones públicas, indicando el ámbito de su competencia como sede juzgadora de carácter administrativo.

Artículo 105. Integración, nombramiento y sede. El Tribunal estará integrado por tres abogados, los cuales serán nombrados por el Presidente de la República con sus respectivos suplentes, quienes tendrán la misma remuneración que los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.

El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Panamá y contará con una estructura técnica y administrativa para realizar sus funciones, cuyo personal será nombrado en Sala de Acuerdo.

En este caso, el nombramiento de los integrantes del citado Tribunal le corresponde al Presidente de la República. Recordemos, que en lo que corresponde a los cargos de Director y Subdirector General de Contrataciones Públicas serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y ambos estarán sujetos a la ratificación de la Asamblea Nacional.

Artículo 106. Para ser miembro del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas será indispensable que los interesados cumplan obligatoriamente los siguientes requisitos:

1. Ser de nacionalidad panameña.
2. Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
3. Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.
4. Haber completado un periodo de cinco años, durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, o un cargo en cual se requiera idoneidad en el ejercicio de la profesión de abogado.
5. No haber sido condenado por delito doloso ni por faltas al Código de Ética Profesional.

En este numeral se establecen los requisitos para ocupar los cargos de jueces del Tribunal administrativo de contrataciones públicas.

Artículo 107. Nombramiento. Los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán nombrados para un periodo de cinco años y podrán reelegirse en el cargo, previo cumplimiento de las formalidades establecidas, para los efectos de los primeros nombramientos, estos serán por periodos escalonados de dos, tres y cinco años.

El procedimiento y la metodología de selección de los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán reglamentados por el Órgano Ejecutivo.

Se establece aquí lo relativo a lo que atañe al procedimiento y la metodología para nombrar a los respectivos jueces administrativos.

Artículo 116. Agotamiento de la vía gubernativa. Una vez publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” la resolución que resuelve el recurso de impugnación, queda agotada la vía gubernativa y contra esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Se mantiene el privilegio de la Administración Pública, en este campo de la compras públicas, de requerirse como *conditio sine qua non*, el agotamiento de la vía administrativa, para poder acceder al Poder Judicial, en sede contenciosa administrativa.

Artículo 2, glosario

46. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Es el Tribunal independiente e imparcial que conocerá, en única instancia, de:

a. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.

b. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.

c. Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de los cinco días hábiles que tiene para resolver.

Este numeral define lo que es el Tribunal administrativo de contrataciones públicas y su radio de acción.

Artículo 124. Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”. Se crea un Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas, por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), que se denominará “PanamaCompra”, como una herramienta de apoyo a los procesos de contrataciones públicas, y deberá estar disponible, de forma gratuita, a toda la sociedad civil en la forma que establezcan esta Ley y sus reglamentos.

El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” será de uso obligatorio para todas las instituciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley y a las que se les aplique esta Ley en forma supletoria. Las entidades públicas deberán publicar en el Sistema “PanamaCompra” toda la información que se genere en las contrataciones menores, en los procedimientos de selección de contratista, en las contrataciones directas y en la etapa contractual, conforme se disponga en el reglamento.

Se establece la creación de la plataforma digital o electrónica *Panamacompra*, siendo obligatoria su utilización por la Administración Pública, con el fin de contener la información correspondiente a estas negociaciones.

Artículo 125. Funcionalidades del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas. La Dirección General de Contrataciones Públicas oficializará la incorporación de nuevas funcionalidades en el Sistema “PanamaCompra”, conforme se vayan implementando.

Dichas autorizaciones se irán otorgando por etapas o completando el ciclo de la contratación a cada una de las instituciones gubernamentales que se incorporen.

Los procedimientos de selección y contratación que se incorporen en el Sistema serán reglamentados por el Órgano Ejecutivo.

Siendo la Dirección General de Contrataciones Públicas, la rectora y administradora del campo de la contratación estatal, su administración del portal *Panamacompra* debe diligente, responsable y eficaz para incorporar las novedades tecnológicas apropiadas.

IX. Paraguay. Ley de Contrataciones Públicas No. 2.051 del 2003; con reformas mediante Ley No. 3.439 del 2007

Artículo 1°. Objeto y ámbito de aplicación

La presente ley establece el Sistema de Contrataciones del Sector Público y tiene por objeto regular las acciones de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas, que realicen (*estas dependencias del sector público*).

De modo acostumbrado este primer artículo atañe al ámbito de aplicación de la ley y al establecimiento del Sistema de Contrataciones del Sector Público.

Artículo 64. De la difusión a través del sistema

La Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) pondrá a disposición pública, a través de los medios de difusión electrónica de acceso masivo, la información sobre las convocatorias, bases y condiciones, el proceso de contratación, las adjudicaciones, cancelaciones, modificaciones, así como cualquier información relacionada, incluyendo los contratos adjudicados, independientemente de la vía o tipo de contratación correspondiente.

Queda establecido que el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) es la meta del Sistema de Contrataciones Públicas y su uso será incrementado paulatinamente reemplazando los sistemas manuales. Sin embargo, durante el período de transición se utilizará en forma simultánea y a elección de los proveedores y contratistas el sistema más conveniente para sus intereses.

La Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) es la encargada de administrar y difundir la plataforma electrónica de las compras públicas.

Artículo 65. De la consulta y compra de las bases

Las personas físicas y jurídicas interesadas en participar en los procesos de contratación que convoquen las Unidades Operativas de Contratación (UOC), podrán consultar y adquirir los pliegos de bases por los medios de difusión electrónica que establezca la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

Los pliegos de bases respectivos están a la disposición del público mediante la Unidad Central Normativa y Técnica.

Artículo 66. Del envío de ofertas por vía electrónica

Los sobres que contengan las ofertas que presenten los proponentes podrán entregarse, a elección de los mismos, por los medios remotos de comunicación electrónica, conforme a las disposiciones administrativas que establezca la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

En este caso, el sobre será generado mediante el uso de tecnologías que resguarden la confidencialidad de la información, de tal forma que sea inviolable, conforme a las disposiciones técnicas que al efecto establezca la referida Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

Las ofertas enviadas a través del referido Sistema, emplearán invariablemente el medio de identificación electrónica inviolable utilizada por la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), las cuales producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los instrumentos privados con firma autógrafa correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio y vinculatorio.

Las ofertas que presenten los interesados en los procesos de selección del contratista público, se pueden enviar por medios electrónicos con la respectivas seguridades, con el mismo valor obligante y de prueba documental de los instrumentos privados.

Artículo 88. arbitraje

Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 9° de esta ley, las partes quedan facultadas para someter a arbitraje cualquier diferencia que surja durante la ejecución de los contratos regulados por esta ley.

En el reglamento se fijarán los términos y condiciones bajo los cuales las partes podrán pactar las cláusulas compromisorias que mejor convengan a sus intereses o, incluso, estipularlas en convenio por separado.

Artículo 9°.- Régimen de solución de controversias

Las controversias suscitadas con motivo de la interpretación, aplicación o validez de los contratos celebrados con arreglo a esta ley, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la *Ley de Arbitraje y Mediación*; a tal efecto, en cada caso particular deberá determinarse previamente la arbitrabilidad de la materia y la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, debiendo constar el compromiso en una cláusula compromisoria inserta en el contrato o en un convenio independiente. Asumido el compromiso de una u otra forma, será obligatorio para las partes.

Lo previsto en el párrafo anterior se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales de los que la República del Paraguay sea parte o de que la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) pueda conocer en el ámbito administrativo las protestas que interpongan los proveedores y contratistas con relación a los procedimientos de contratación o de las solicitudes de avenimiento que hagan valer respecto a las diferencias que surjan durante la ejecución de los contratos.

Se admite el arbitraje como mecanismo de solución alternativa de conflictos en el campo de la contratación administrativa, en una combinación de las normas 9 y 88 de esta ley.

X. Perú. Ley de Contrataciones del Estado del 03 de junio del 2008

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, por cuanto: el Congreso de la República por Ley N° 291 57, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado; de conformidad con lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú; con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, con cargo de dar cuenta al Congreso de la República; ha dado el Decreto Legislativo siguiente: decreto legislativo No. 1017 que aprueba la Ley de contrataciones del Estado (Perú, Constitución Política, artículo 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 delegarse 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).

Artículo 1. Alcances

La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del sector público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derive de los mismos.

Este numeral, como es costumbre, se refiere al ámbito de acción, objeto, o alcances de la normativa de derecho público, focalizada en la negociación o contratación del Estado.

Artículo 52. Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Los árbitros que incumplan con esta obligación serán sancionados en

aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o Tribunal Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, dentro del plazo establecido por el Reglamento. Cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

Cuando la apelación se haya interpuesto ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, la Entidad está obligada a remitir el expediente correspondiente, dentro del plazo máximo de tres (3) días de requerida, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. El incumplimiento de dicha obligación por parte de la Entidad será comunicada a la Contraloría General de la República.

La garantía por interposición del recurso de apelación deberá otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y de la Entidad, cuando corresponda. Esta garantía será equivalente al tres por ciento (3%) del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar.

La interposición de la acción contencioso-administrativa procede contra lo resuelto en última instancia administrativa, sin suspender su ejecución.

Debido a la crítica del Poder Judicial en Latinoamérica, por razones de lentitud, corrupción e ineficacia, se ha tornado de moda el incluir en esta normativa del contrato estatal, lo relativo al arbitraje, mediación o solución alternativa de controversias.

Este numeral atañe a los árbitros de derecho; es decir que sean juristas.

Artículo 57. Organismo supervisor de las contrataciones del Estado

El organismo supervisor de las contrataciones del Estado, OSCE, es un organismo público, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas.

El órgano público que supervisará las contrataciones del Estado, estará adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con un ámbito de autonomía que este artículo detalla y con representación judicial propia.

Artículo 58. Funciones del Organismo supervisor de las contrataciones del Estado

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE tiene las siguientes funciones:

- a. Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta norma, su Reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias;
- b. Emitir Directivas en las materias de su competencia, siempre que se refieran a aspectos de aplicación de la presente norma y su Reglamento;
- c. Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa;
- d. Supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento;
- e. Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como cualquier otro instrumento necesario para la implementación y operación de los diversos procesos de contrataciones del Estado;
- f. Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE);
- g. Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto;
- h. Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento;

- i. Absolver consultas sobre las materias de su competencia. Las consultas que le efectúen las Entidades serán gratuitas;
- j. Imponer sanciones a los proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) que contravengan las disposiciones de esta norma su reglamento y normas complementarias;
- k. Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República casos en que se observe trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito;
- l. Suspender los procesos de contratación, en los que como consecuencia del ejercicio de sus funciones observe trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito, dando cuenta a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la atribución del Titular de la Entidad que realiza el proceso, de declarar la nulidad de oficio del mismo;
- m. Promover la Subasta Inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que serán provistos a través de esta modalidad y establecer metas institucionales anuales respecto al número de fichas técnicas de los bienes o servicios a ser contratados;
- n. Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones;
- ñ) Proponer estrategias y realizar estudios destinados al uso eficiente de los recursos públicos y de reducción de costos; y,
- o. Las demás que le asigne la normativa.

Se trata del organismo rector del sector de compras públicas.

Artículo 63. Tribunal de contrataciones del Estado

El tribunal de contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las contrataciones del estado, OSCE. Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Tiene las siguientes funciones:

- a. Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección,
- b. Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso; y,

c. Las demás funciones que le otorga la normativa.

Se establece este tribunal administrativo para resolver las controversias surgidas en el campo de las compras públicas, con un elenco de funciones taxativas y una tercera vía abierta para otras funciones dadas por normas legales.

**Artículo 67. Sistema electrónico de contrataciones del Estado.
Definición**

El sistema electrónico de contrataciones del Estado, es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

Esta plataforma electrónica propia de las adquisiciones del Estado, queda diseñado para contener información y difundirla en su campo pertinente.

Artículo 68. Obligatoriedad del uso del sistema electrónico de contrataciones del Estado

Las entidades estarán obligadas a utilizar el sistema electrónico de contrataciones del Estado, sin perjuicio de la utilización de otros regímenes especiales de contratación estatal, según lo establezca el reglamento.

En esta norma se amarra obligatoriamente el uso del sistema electrónico con el fin de que su utilización no quede a la mera voluntad de los entes públicos.

Artículo 69. Administración del sistema electrónico de contrataciones del Estado

El Organismo supervisor de las contrataciones del Estado, desarrollará, administrará y operará el sistema electrónico de contrataciones del Estado.

En esta norma se focaliza la responsabilidad para los efectos de que no se diluya o difumine el órgano responsable por ese sistema.

Artículo 70. Validez y eficacia de los actos

Los actos realizados por medio del sistema electrónico de contrataciones del Estado, que cumplan con las disposiciones vigentes poseen la misma validez y eficacia que los actos realizados por medios manuales, pudiéndose sustituir para todos los efectos legales.

Queda establecida la fuerza legal del sistema electrónico equiparable al sistema manual.

XI. Venezuela. Ley de contrataciones públicas, 25 marzo del 2008; con reformas 24 de abril del 2009

Artículo 1. Objeto

El presente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley, tiene por objeto regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos al presente decreto con rango, valor y fuerza de Ley, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía.

Se establece el ámbito de acción de la ley y la filosofía propia de la contratación pública.

Artículo 21. Naturaleza Jurídica

El Servicio Nacional de Contrataciones, es un órgano desconcentrado dependiente funcional y administrativamente de la Comisión Central de Planificación.

Este Servicio nacional de contrataciones depende de la comisión central de planificación; en este caso no hay autonomía funcional, administrativa, económica o financiera.

Artículo 22. Competencias

El Servicio Nacional de Contrataciones debe ejercer la autoridad técnica en las materias reguladas por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, tendrá las siguientes competencias:

1. Dictar el reglamento interno para su funcionamiento.
2. Emitir dictamen cuando así lo requieran las autoridades judiciales o administrativas.
3. Automatizar y mantener actualizada toda la información que maneja el Registro Nacional de Contratistas y demás unidades adscritas.
4. Crear o eliminar Registros Auxiliares.
5. Dictar los criterios conforme a los cuales se realizarán la clasificación de especialidad, experiencia técnica y la calificación legal y financiera de los interesados a los fines de su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas.

6. Suspender del Registro Nacional de Contratistas a los infractores del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de acuerdo a los procedimientos previstos.
7. Diseñar y coordinar los sistemas de información y procedimientos referidos a la aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.
8. Solicitar y recibir de los órganos y entes contratantes la programación anual de compras, así como la información de la contratación realizada.
9. Diseñar y coordinar la ejecución de los programas de capacitación y adiestramiento, en cuanto al régimen de contrataciones.
10. Solicitar, recabar, sistematizar, divulgar y suministrar a quien lo solicite, la información disponible sobre las programaciones anuales y sumario trimestral de contrataciones.
11. Establecer las tarifas que se cobrarán por la prestación de sus servicios, publicaciones o suministro de información disponible.
12. Estimular y fortalecer el establecimiento y mejoramiento de los sistemas de control de la ejecución de contrataciones de obras, bienes y servicios por los órganos y entes contratantes a que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.
13. Diseñar, coordinar y ejecutar las actividades de apoyo formativo y de gestión a los Consejos Comunales en la aplicación de las modalidades de contratación establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.
14. Examinar los libros, documentos y practicar las auditorías y evaluaciones necesarias a las personas que soliciten inscripción o estén inscritas en el Registro Nacional de Contratistas, o bien hayan celebrado dentro de los tres (3) años anteriores, contratos con alguno de los órganos o entes regidos por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.
15. Solicitar, recabar, sistematizar los informes de la actuación o desempeño de contratistas durante la ejecución de contratos que celebren con los órganos o entes contratantes.
16. Denunciar ante la Contraloría General de la República, las posibles irregularidades que se detecten y remitir el expediente administrativo respectivo a los fines de determinar y aplicar las sanciones administrativas correspondientes.
17. Cualesquiera otras que le señale el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento.

Este sistema es el rector del campo de las contrataciones estatales, de acuerdo a las funciones citadas.

Artículo 79. Garantías de los medios electrónicos

Las modalidades de selección de contratistas previstas en este Decreto con rango, valor y fuerza de Ley, pueden realizarse utilizando medios y dispositivos de tecnologías de información y comunicaciones que garanticen la transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad, autenticidad, seguridad jurídica y confidencialidad necesaria.

A los efectos de garantizar estos principios, el órgano o ente contratante debe utilizar sistemas de seguridad que permitan el acceso de los participantes, el registro y almacenamiento de documentos en medios electrónicos o de funcionalidad similar a los procedimientos, lo cual deberá estar previsto en el pliego de condiciones.

Se admite el uso de los dispositivos electrónicos con las seguridades correspondientes para garantizar la protección de los principios de la contratación administrativa.

Artículo 81. Carácter optativo

En las modalidades de selección del contratista, en las cuales se haya acordado el uso de medios electrónicos, debe garantizarse que los contratistas puedan participar utilizando estos medios o los demás previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

En cualquiera de los casos se tomará como válida la información que primero se haya entregado en la oportunidad fijada para ello.

No es obligatorio el uso de los medios electrónicos; sino que su utilización es voluntaria u optativa.

XII. Conclusión

En las legislaciones que hemos indicado subrayamos algunos aspectos de la contratación administrativa electrónica.

Por ejemplo los que se refieren a los convenios marco, plataformas electrónicas o digitales, catálogos electrónicos, organismos rectores de la contratación pública, tribunales administrativos encargados de solucionar los conflictos que se presentan en estas negociaciones, mecanismos de solución alterna de conflictos.

El presente y futuro de la contratación del Estado es electrónico, digital.

Toda la infraestructura de la negociación debe ser eficiente, transparente y de fácil acceso al público. Esto va unido a la buena gobernanza, buen gobierno o gobernabilidad. Lo que sucede es que por delante está el problema de la corrupción política y económica, en el sector privado y en el sector público.

Es fácil enunciar la transparencia y el buen gobierno utilizando la revolución tecnológica actual; pero, es sumamente difícil enfrentar con éxito la corrupción, la ineficiencia, negligencia y el derroche de los recursos de todo tipo a cargo de la Administración Pública en los países de América Latina.

No se trata de ser pesimista, sino de ser realista. Los hechos son los que marcan el derrotero de las políticas públicas.

Esta contratación pública digital debe entenderse formando parte del Gobierno electrónico. De este modo, la visión sobre el tema de las adquisiciones estatales se entiende de una mejor manera.

Por lo que respecta al Estado, electrónico o tradicional, no tenemos dudas en cuanto a que es inaceptable que los gobiernos amparen y faciliten la corrupción, que dificulten el escrutinio público sobre su forma de tomar decisiones, que no tomen en cuenta las necesidades de su población, que sean irresponsables y que no rindan cuentas (*Código Iberoamericano de buen gobierno*, respaldado por la XVI Cumbre iberoamericana, Montevideo, Uruguay, 2006, www.clad.org.ve).

Bibliografía

AZUELA, A.: *Las compras del gobierno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2006.

BENAVIDES, J. L.: *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004.

CASCANTE, W.; LÓPEZ, C.; ZÚÑIGA, A.; RODRÍGUEZ, R.: Suplemento especial *La Contratación Administrativa*, San José, Contraloría Universitaria, Universidad de Costa Rica, Boletín Técnico Gestión y Control, julio 2007.

CAMPOS, C. (EDITOR): *La Contratación Administrativa y su reglamento*, San José, EUNED, 2007.

CASSAGNE, J. C.: *El contrato administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005.

CASSAGNE, J. C.; RIVERO YSERN, E.: *La contratación pública*, Buenos Aires, Hammurabi-Depalma, 2 tomos, 2007.

- CONCHA, G.: *Resultados en la medición de madurez de portales de compra de América Latina*, Washington DC, BID, enero 2008.
- DEL PIAZZO, C.: *Acerca de la contratación pública electrónica*, Lima, Asociación de Estudios de Derecho Administrativo, *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico* No. 1, 2006, monográfica dedicada al tema de la contratación administrativa.
- DUSSÁN, J.: *Elementos del contrato estatal*, Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005.
- FERNÁNDEZ-RUIZ, J.: *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2 tomos, 1999.
- GASNELL, C.: *¿Cómo contratar eficientemente con el Estado?*, Panamá, Sistemas Jurídicos S. A, 2003.
- GONZÁLEZ, R.: *La licitación pública y el contrato administrativo*, México, Porrúa, 2008.
- GUIRIDLIAN, J.: *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004.
- LINARES, M.: *El sistema internacional de protección de la inversión de la inversión extranjera y los contratos públicos*, Lima, Grijley, 2006.
- LUCERO, M.: *La licitación pública*, México, Porrúa, 2004.
- PÉREZ, A.: *Renegociación de contratos públicos*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002.
- RAMOS, D.: *Licitación pública*, México, Escuela Nacional de Administración Pública, 2004.
- ROMERO-PÉREZ: *La contratación administrativa*, San José, EUNED, 2002.
- ROMERO-PÉREZ: *Derecho Administrativo*, San José, EUNED, 2002.
- ROMERO-PÉREZ: *La contratación pública*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.
- ROMERO-PÉREZ: *Contratos públicos y aeropuertos*, San José, Editorial Lex, 1999.
- ROMERO-PÉREZ: *La contratación administrativa electrónica*, San José: Universidad de Costa Rica, suplemento de ciencia y tecnología, mayo del 2009.
- ROMERO-PÉREZ: “Las compras públicas verdes”, San José, *Revista de Ciencias jurídicas* No. 120, 2009, Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados.
- SANTAMARÍA, J.: *Fundamentos del Derecho Administrativo*, Madrid, editorial Ramón Areces, 1991.
- SARTI, N.: *Contrataciones públicas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005.

SCHAPPER, P.; y, VEIGA MALTA, J.: “¿Cómo hacer para que el Estado compre mejor?”, (Argentina: revista *Gobiernodigital*, No. 3, 2004, versión digital, www.gobiernodigital.org.ar)

VEGA, M. y ORDOÑEZ, A.: *Contratación estatal*, Bogotá, Temis, 1999.

Documentos

Acuerdo sobre contratación pública, 15 de abril de 1994. Organización Mundial del Comercio.

Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1994. Organización de Naciones Unidas.

Metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones públicas. Versión 4, 10 enero 2007. Organización para la cooperación y desarrollo económicos. *Memoria anual del 2008.* Contraloría General de la República, San José Costa Rica .

Informe sobre el estudio realizado en relación con los sistemas de compras electrónicas en el sector público de Costa Rica. 1 diciembre 2008. Contraloría General de la República, San José Costa Rica .

Las compras y contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana Jorge Claro. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, abril, 2007.

Realidades, retos y desafíos de los sistemas de compras públicas en América Latina, Jorge Claro et al. 2006. Organización de Estados Americanos OEA.

III Conferencia de las Américas sobre compras gubernamentales. Programa Interamericano de compras gubernamentales. Lima, Perú. 28 al 30 noviembre 2006.

Glosario

Catálogo Electrónico: registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal electrónico, para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.

Contratación pública electrónica, e- procurement: es aquella negociación que se realiza con el Estado mediante la red de internet.

Convenio Marco: es la modalidad por la cual se selecciona a los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el *catálogo electrónico* a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las entidades contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio.

e-procurement: es la compra y venta entre empresas de productos y servicios a través de internet, así como de otros sistemas de información en red.

Gobierno digital: e-gobierno, e-government: gobierno electrónico, gobierno digital ó e-gobierno, es la puesta a disposición de las personas a través de la red de internet de información sobre acciones de gobierno, es decir información en la red sobre la gestión gubernamental.

Impactos de las Contrataciones Electrónicas: Los potenciales impactos de las contrataciones electrónicas pueden ser clasificados en relación a sus beneficios:

- a. Transparencia;
- b. Costos y precios de transacciones más bajas;
- c. Ciclos de compras menores;
- d. Aumento de competencia;
- e. Mejor calidad; y
- f. Reducción de las oportunidades de corrupción.

Licitaciones Electrónicas o en Línea (e-GP): la aplicación de las TICs y de infraestructura en línea para la gestión, procesamiento, evaluación y generación de informes de licitaciones. Se puede generalizar para el conjunto de contratos que realiza el Estado, cualquiera que sea la modalidad de selección del contratista público que se use.

Medios Electrónicos: son instrumentos, dispositivos, elementos o componentes tangibles o intangibles que obtienen, crean, almacenan, administran, codifican, manejan, mueven, controlan, transmiten y reciben de forma automática o no, datos o mensajes de datos cuyo significado aparece claro para las personas o procesadores de datos destinados a interpretarlos.

Portal compras públicas: es el sistema informático oficial de contratación pública del Estado.

Sistema de Información de las Contrataciones Públicas : es el sistema informático que permite automatizar las distintas etapas de los procesos de contrataciones, desde la difusión de los requerimientos de bienes, locación, servicios u obras públicas hasta el cumplimiento total de las obligaciones contractuales y de la elaboración de datos estadísticos; la generación de información y su transmisión a través del uso de los medios remotos de comunicación electrónica de uso general, mediante la interconexión de computadoras y redes de datos, por medio del cual la Administración Pública, ponen a disposición de los proveedores y contratistas la información y el servicio de transmisión de documentación y la rendición de cuentas de los funcionarios y empleados públicos ante los organismos de control y la sociedad civil.

TICs, tecnologías de la información y la comunicación: son un conjunto de servicios, redes, software y dispositivos que tienen como fin la mejora de la calidad de vida de las personas dentro de un entorno, y que se integran a un sistema de información interconectado y complementario.

Token de seguridad (también token de autenticación o token criptográfico): es un dispositivo electrónico que se le da a un usuario autorizado de un servicio computarizado para facilitar el proceso de autenticación.

ECUADOR

PRAGMATISMO VS. PRINCIPIALISMO JURÍDICO

Javier Robalino-Orellana

“The question ‘Will the future be modern or Western?’ is more complicated than it might seem. The only simple answer is yes. The only complex one is to look at specific countries –to understand their past and present, their culture and folkways, the manner in which they have adapted to the Western world and modernization”¹

I. Introducción

América Latina se debate entre una nueva visión político – constitucional y los paradigmas del constitucionalismo continental tradicional. La pregunta que debemos hacernos es si todo aquello que representa el constitucionalismo tradicional es nocivo y debe ser descartado. La respuesta es no todo debe ser descartado, y por el contrario, mucho debe ser mantenido. La solución no está en desbaratar las estructuras, sino en darles continuidad mediante procesos constructivos y democráticos.

Los estados que han adoptado la corriente *dieterichtiana*² denominado como el Socialismo del Siglo XXI pretenden, por medio de procesos político – constitucionales, remover las bases institucionales de los estados latinoamericanos. Este movimiento, que nace como opuesto al neoliberalismo,

¹ ZAKARIA F.: *The Post-American World*, Norton, NY, pág. 86.

² “El Socialismo del siglo XXI es un concepto ideado por Heinz Dieterich Steffan, a partir de 1996, y muy difundido desde el 30 de enero de 2005, por el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez en ese entonces desde el V Foro Social Mundial. En el marco de la revolución bolivariana, Chávez ha señalado que para llegar a este socialismo habrá una etapa de transición que denomina como Democracia Revolucionaria. Hugo Chávez expresó “Hemos asumido el compromiso de dirigir la Revolución Bolivariana hacia el socialismo y contribuir a la senda del socialismo, un socialismo del siglo XXI que se basa en la solidaridad, en la fraternidad, en el amor, en la libertad y en la igualdad” en un discurso a mediados de 2006. Además, este socialismo no está predefinido. Más bien, dijo Chávez “debemos transformar el modo de capital y avanzar hacia un nuevo socialismo que se debe construir cada día”. A su juicio por las condiciones presentes en el actual mundo globalizado, esta transición será bastante prolongada. Dentro de este concepto sería definitivamente el socialismo el camino a seguir, contrario al neoliberalismo. Dice el gobierno venezolano y sus partidarios que habrá que realizar una transformación profunda de la estructura social, económica y política, pero que no se puede pretender acelerar torpemente la dinámica de los cambios estructurales. También se ha hecho un llamado a generar la discusión sobre el tema, para abrir cauces a este sistema de vida propuesto y en proceso de desarrollo en la región.” Véase <http://el-socialismo-del-siglo-xxi.blogspot.com/2007/07/el-socialismo-de-siglo-xxi-heinz.html> (última visita 24 de Julio de 2009)

no encuentra otra opción que echar por tierra los sistemas democráticos existentes. La deficiencia de este análisis reactivo y pragmático está en un hecho simple: el neoliberalismo no es, ni ha sido, el eje de las democracias latinoamericanas.

Por lo tanto, la oposición neosocialista al neoliberalismo lleva consigo un análisis simple, reactivo e intolerante, no solo con aquello que representa el neoliberalismo, sino con otras instituciones democráticas consolidadas y en proceso de consolidación.

En este nuevo proceso demoledor, en el que se encuentran algunas democracias latinoamericanas, prevalece una visión pragmática: todo el pasado es pernicioso, ergo hay que remover sus orígenes. Esta visión pragmática, se torna en aplicación e *iter* del fin planteado: establecer un nuevo orden político, constitucional y social.

En el proceso demoledor se han dejado de lado los principios y valores sociales que han regido a la democracia y al Estado de Derecho, para ser reemplazados por visiones prácticas y maquiavélicas.

Esta ponencia, sin ser ideológica ni política, sobre la base de cierta casuística, busca presentar algunas reflexiones sobre la actual prevalencia de la praxis sobre los principios, sean estos democráticos o constitucionales. Principios al fin, absolutos e innegociables.

II. Democracia aparente

Como ha sucedido en Venezuela, Ecuador, Nicaragua y Bolivia, se pretende legitimar un objetivo político mediante mecanismos democráticos, en particular, el referendo. Como lo plantean los constitucionalistas del socialismo del siglo XXI, a través de estos medios electorales se fomenta una supuesta democracia “participativa”, pero en su lugar, se destruye la democracia organizada, ideológica y conceptual³. En otras palabras, por una pretendida mayor participación del pueblo se fomenta la participación directa a través de más frecuentes referendos, que pretende así legitimar las decisiones políticas, más allá de los principios democráticos.

³ La debilidad de los partidos políticos ha sido adecuadamente aprovechada para fomentar la participación directa y clientelar del pueblo. Esto ha derivado en una auténtica destrucción de los partidos políticos como medio para el ejercicio de la democracia directa, abriendo así la puerta para una democracia unipartidista. El uso del término “moviendo político” tiene un trasfondo político importante, pues debe ser percibido como una expresión política dentro del modelo socialista del siglo XXI, en donde existe un partido único.

Esta situación de sobre-democratización de las decisiones, previa campaña cultural de adoctrinamiento masivo, nos presenta la inquietud de ¿si el pueblo puede decidir siempre, incluso por sobre los principios democráticos que le llevan –al pueblo– a las urnas? La respuesta a esta pregunta no puede ser simplista y debe ser enfocada primeramente desde el deber del gobernante, quien debe actuar dentro de la medida de su sana crítica y buen juicio, conceptos jurídicos indeterminados, que junto con el bien común y el orden público, deben dirigir la gestión del Gobierno⁴.

Por lo tanto, el Gobierno, al tiempo de convocar al pueblo, deberá autolimitar su actuación y evitar que el ejercicio democrático sea nocivo para el propio decisor –el pueblo–. Factores como el nivel cultural, el ánimo social, la moral pública, entre otros deben ser considerados por el Gobierno. Sin embargo, estos factores también pueden ser explotados, como en efecto lo son, por ciertos gobiernos, a través de sendas y hábiles campañas mediáticas, exacerbando así los ánimos sociales y predisponiendo al elector en su propia contra, generado así una fenómeno hobbesiano en el que el pueblo desatiende su propio interés por una supuesto deseo electoral previamente concebido y prejuiciado.

Así por ejemplo, son comunes en la región latinoamericana las campañas publicitarias orientadas a polarizar a la sociedad, crear o recordar odios sociales y conflictos de clases, a ofrecer prebendas y subsidios, a desatender valores como el trabajo y la solidaridad, etc., siempre con el ánimo electoral de ser reconocidos y ratificados –los gobiernos– en la próxima gesta electoral. En estos casos, el o los gobiernos han reeditado las consignas *bismarckianas*, a través de nuevas formas de propaganda, en las que existe plena ausencia axiológica.

Lo paradójico de esta democracia aparente es que debe seguir siendo aparente, pues el neosocialismo latinoamericano sabe que salir de la democracia no es conveniente ni bien recibido en la comunidad internacional. Por ello, hay que guardar las formas y continuar con los referendos.

III. Concentración de poderes

Alcanzar el socialismo del Siglo XXI requiere de prolongados procesos políticos, en los que, luego de la transición sugerida⁵, se consolida el nuevo sistema político, y con aquel, se perpetúa el Gobierno.

⁴ Entiéndase a gobierno como la administración del Estado, atribuida de manera temporal por medio del proceso democrático.

⁵ *Ibidem*.

Para alcanzar aquella perpetuación en el poder, es necesario un proceso de gradual sustracción de la democracia real y efectiva, que permita la permanencia del nuevo orden político *ad infinitum*. Aquel objetivo solo puede lograrse mediante una gradual e inteligente concentración de todos los poderes en un Ejecutivo voraz, centralista y controlador; un Ejecutivo despreocupado por los pesos y contrapesos de la democracia tradicional.

Así por ejemplo, Venezuela, Ecuador y Bolivia han aprobado leyes y constituciones que permiten a sus gobiernos respectivos influir profundamente en las decisiones de los poderes legislativos y judiciales de cada uno de ellos, así como en los órganos de control de los Estados.

La concentración de poderes va *in crescendo*, y debe ser así, hasta alcanzar el objetivo planteado. Así pues, es necesario limitar la independencia de la prensa, como ha sucedido en Venezuela y Ecuador. Además, será necesario controlar al sector privado, anular la autonomía administrativa de los gobiernos seccionales y eliminar la prestación privada de servicios públicos, esto no solo por presunta oposición al neoliberalismo, sino por que además, los servicios públicos son siempre fuente importante de poder político.

La concentración de poderes no parará voluntariamente; hacerlo significaría renunciar al proyecto neosocialista y así dejarlo en una transición insuficiente. Será necesario que el péndulo oscile hasta el punto más alto de la izquierda, para que al bajar, vuelva a encontrarse ante un equilibrio político.

IV. Extinción del Estado de Derecho

El Estado de Derecho o el Estado Social de Derecho, como ha sido concebido desde la Revolución Francesa y reconocido desarrollado en Latinoamérica, es un concepto político constitucional que no tiene cabida en la ideología neosocialista.⁶

El Estado de Derecho es eminentemente principialista. Es un concepto circundado de principios político-constitucionales de gran importancia, como son la separación de poderes, el principio de legalidad, la ética y el orden público, la libertad de expresión, entre muchos otros, que hacen efectiva la democracia.

Como en el caso ecuatoriano, no es conveniente para el neosocialismo reconocer al Estado como uno de Derecho, pues hacerlo significa someter el

⁶ Véase por ejemplo la nueva Constitución del Ecuador, en la que se redefine el Estado como uno de *derechos y justicia*, cuando antes se lo definía como un Estado Social de Derecho. Esta redefinición no es menor ni mucho menos inocua y obedece a una clara visión política del Estado.

ejercicio de la voluntad estatal al ordenamiento jurídico, el que incluye además entre sus fuentes, a los principios generales del derecho. Tampoco conviene reconocer al Estado como uno derecho pues aquello significaría reconocer el círculo del poder en el Estado de Derecho: el poder por y desde el derecho⁷, es decir, el ejercicio del poder nace por el derecho y se ejerce siempre desde el derecho y la ley.

Ergo, hay que extinguir al Estado de Derecho, y establecer un nuevo tipo de Estado, bajo el nuevo modelo neosocialista.

V. Empobrecimiento social

El debate, la pluralidad y la diversidad no son convenientes para el nuevo orden social. Se requiere una visión uniforme, unipartidista y no deliberante. Una visión cubana extendida en la región latinoamericana, amodorrada con imágenes del Ché Guevara.

Para ello, así como sucedió con la Cuba castrista, es necesario empobrecer a la sociedad, pues una sociedad pujante y con clase media sólida, tiende a ser una sociedad deliberante, crítica y democrática. No conviene enriquecer a los pobres, sino empobrecer a todos, excepto a las nuevas élites, aquellas que se maceran en el nuevo orden económico excluyente. Una sociedad pobre debate y piensa menos, espera menos, y por lo tanto, se manipula con mayor facilidad. Simplemente, el clientelismo político es más barato.

El neosocialismo no busca una efectiva justicia social, con progreso y desarrollo del individuo, como eje social. Se busca y se está gestando una región paupérrima y abusada, olvidando que la manera de evitar los tan repudiados abusos del pasado no es mediante el conflicto y la polarización, sino el diálogo y la educación, regidos por principios y valores perdurables.

V. Una franquicia política

Venezuela, y en particular Bolivia y Ecuador, han demostrado tener una corta memoria social e histórica. Sus líderes critican las franquicias neoliberales impuestas por el primer mundo, pero olvidan que son sujetos de otra franquicia política: la del socialismo del Siglo XXI, exportada por novedosos constitucionalistas de origen desconocido, pero capaces de asesorar efectivamente a asambleas constituyentes poco deliberantes y firmemente controladas.

⁷ Entiéndase “derecho” como el ordenamiento jurídico, es decir, todas las fuentes y expresiones jurídicas, tales como la constitución, los tratados, la ley, los reglamentos, y otras fuentes, como la doctrina, la jurisprudencia, y los principios generales.

Mientras no encuentren una identidad propia, los países latinoamericanos seguirán sumidos en la inestabilidad política y democrática que los ha caracterizado desde su independencia. La solución no estará en comprar una u otra franquicia política, sino en desarrollar las instituciones democráticas con independencia y autonomía, por manera que estas se consoliden en el tejido social hasta llegar a la médula de quienes lo componen.

VII. Reflexiones finales

El Socialismo del Siglo XXI es un fenómeno pendular, como muchos otros procesos históricos.

Sin perjuicio del éxito político de los líderes que lo propugnan, es una tendencia ideológica aún en desarrollo, con insipiente análisis científico.

Se ha diseminado en la región sobre la base de una aplicación más bien pragmática, durante la cual se han desatendido los principios democráticos que rigen a los Estados. En este proceso se encuentran varios países latinoamericanos, los que sin duda sufren actuaciones y decisiones gubernamentales en las que ha prevalecido un proyecto político antes que la protección y garantía de los principios que rigen la vida democrática.

El derecho (en sentido amplio), como disciplina de vida democrática y eje del Estado, ha sido devaluado y dejado de lado por efectos de la emergente legitimidad del fin neosocialista.

ESPAÑA

REGULACIÓN ECONÓMICA Y CRISIS FINANCIERA

José Luis Meilán Gil

I. Actualidad de la regulación

La crisis económica, que empezó en 2007 y se manifestó con claridad en 2008 y todavía permanece, ha puesto de actualidad la relevancia de la regulación. Originada en la crisis del mercado financiero en EE.UU. como consecuencia de las llamadas hipotecas *subprime* y en un clima peligrosamente especulativo de los activos financieros, con productos cada vez más sofisticados, que provocó el desplome de la Bolsa y la significativa quiebra del banco Lehman Brothers, se ha identificado su causa en los fallos de la supervisión por parte de la Reserva Federal¹.

La dimensión global de la crisis, cuya profundidad se califica incluso superior a la de 1920, ha sugerido la necesidad de una supervisión de carácter también global en la reunión del G-20 celebrada a comienzos de abril en Londres. Iniciativas supraestatales se han adoptado en la Unión Europea, además de las reformas en los diferentes Estados, como la administración Obama ha impulsado en EE.UU.

Las medidas adoptadas y en curso para hacer frente a la crisis, como las de rescate de entidades financieras y empresas, con participación incluso en ellas, y de estímulo de la economía van más allá de lo que supone una vigilancia o supervisión del mercado financiero y sus agentes. Se trata de evitar el cuarteamiento del sistema financiero, por efecto de un temible efecto dominó. Se adoptan medidas para liberar a los Bancos de la carga de “*hedge funds*” que ponían en peligro su subsistencia y para proporcionar liquidez que les permitiera mantener la capacidad de competir en un libre mercado². El Estado pasó a ser, incluso, accionista. Ha ocurrido no sólo en EE.UU., sino en otros países, como el Reino Unido o Alemania, por citar los primeros casos³. Por lo que concierne a las empresas no financieras, Chrysler, en el sector automovilístico, icono americano y como tal exhibido, es un ejemplo altamente significativo en un país tradicionalmente receloso del intervencionismo del Estado en la economía. Las cifras que ha supuesto esta intervención directa

¹ Su ex-Presidente Alan Greenspan reconoció en 2008 que se había equivocado parcialmente y estar conmocionado por la magnitud del maremoto.

² Citigroup, Bank of America.

³ Lloyds-HBO, Deutsche Bank, Commerzbank.

son de una magnitud nunca hasta ahora manejadas lo que es una muestra apabullante de la dimensión del problema.

Se repristinan técnicas que parecían superadas por un contexto en que la referencia fundamental es el mercado, protagonizado por los particulares y cuyo funcionamiento debía supervisar el Estado para garantizar que se cumpliese con la finalidad del interés general, sin sustituir la iniciativa privada y para evitar que se distorsione el mercado por vulneración o incumplimiento de las reglas de la libre competencia. El Estado garante que parecía haber superado al Estado gestor, el de la Administración prestadora de servicios⁴ de la *daseinvorsorge* o procura existencial⁵.

Esas medidas adoptadas para hacer frente a la crisis, constatan la variedad de respuestas del Estado a los desafíos de la economía, en la procura del bien común, de la felicidad de los súbditos o del interés general o incluso a su propia potencia para la hegemonía ideológica en el concierto mundial, que de todo ha habido en la historia. Puede ser contemplada desde la relación del Estado y la sociedad. En ella influyen posicionamientos ideológicos, ciclos y coyunturas económicas y el desarrollo tecnológico. Esa relación constituye el *background* de la permanente atención del Estado a la economía que se concreta en diferentes formas jurídicas. La respuesta desde el Derecho y, en particular, desde el Derecho administrativo necesita ser entendida teniendo en cuenta los supuestos político-económicos, sin caer en el riesgo de desnaturalizar categorías y técnicas jurídicas, con un impropio mestizaje, por incorporación de lo que pertenecen a otras ramas científicas, y responden a objetivos distintos y se manejan de forma diferente⁶.

La regulación económica es una de las respuestas del Derecho administrativo en unos determinados contextos. La expresión se acuña en EE.UU. y se encuentra muy ligada a la existencia de Agencias y Comisiones y, exportada, se ha presentado como un paradigma para ordenamientos jurídicos distintos, vinculados a la tradición europea.

La característica de esa respuesta se refiere a que la actividad del Estado opera con su convicción de que el protagonismo del mercado, con su propio

⁴ Esa transición en ESTEVE PARDO, J.: "La regulación de la economía desde el Estado garante" en *Publicaciones de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo*, 2, Thomson-Aranzadi, 2007. Sobre el interrogante que plantea la crisis cfr. MUÑOZ MACHADO, J.: *Regulación económica*, I, Iustel, 2009, págs. 62-64.

⁵ FORSTHOFF, E.: *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, 1950, (hay traducción española por C. FERNÁNDEZ DE LA VEGA, ENAP).

⁶ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "El estudio de la Administración económica", *RAP*, nº 50; 1966, págs. 51-81. ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, págs. 5 y sigs.

dinamismo, es la mejor vía para la realización del interés público. Pero esa apreciación no actúa sobre realidades coincidentes para el Derecho administrativo americano y para el del continental europeo y de los países que lo han adoptado.

Desde el punto de vista jurídico es preciso analizar qué de novedad hay en la denominada ordenación económica, si se trata de una categoría nueva o de un sistema compuesto de categorías jurídicas existentes que mantienen su individualidad o que, al relacionarse unas con otras al servicio de una finalidad, sólo desde esta unidad pueden ser entendidas. Qué elementos pueden ser entendidos como determinantes de la ordenación económica, y en ese sentido, si existe un substrato común que permita la variedad, en razón de las tradiciones de los países o del cambio de circunstancias en un mismo país.

La crisis ha puesto de relieve, sin duda alguna, la realidad de la globalización. Es una circunstancia nueva para el Derecho administrativo que obliga a reflexionar hasta qué punto las categorías y técnicas jurídicas utilizadas tradicionalmente son adecuadas a la nueva situación, en qué medida pueden seguir siéndolo, cuáles deben ser las de referencia para dar sentido al conjunto de un posible ordenamiento económico global y si serían suficientes para darle sustento jurídico.

II. Diferentes aproximaciones

En la Unión Europea la llamada regulación económica se refiere a actividades que eran de titularidad estatal, bien porque se trataba de empresas públicas, consecuencia de nacionalizaciones incrementadas en la segunda postguerra mundial o de servicios públicos gestionados por empresas privadas, como concesionarias. En ese sentido el Derecho comunitario es una respuesta a un amplio fenómeno de privatización y liberalización que supone, en síntesis, desprenderse el Estado de la titularidad de la actividad económica, que pasa a los particulares. El Estado no es un *dominus*. Como tal no interviene en la actividad económica que desarrollan los particulares. Desde esa perspectiva, se produce una desregulación que, paradójicamente, se sustituye por una regulación, utilizando categorías del mundo norteamericano.

En EE.UU., la regulación no se produce como una consecuencia de una previa desregulación, sino como respuesta natural a la actividad económica, llevada tradicionalmente a cabo, en su mayor parte, por los particulares⁷.

⁷ Cfr. ANSHEN, M. y WORMUTH, F. D.: *Private Enterprise and Public Policy*, The Macmillan Company, New York, 1954, págs. 15 y sigs.

Detrás de esa diferencia se encuentra una larga historia, que se refleja en las bases del sistema constitucional de los Estados, que influyen en la creación y funciones de agencias a las que se les asigna la regulación y que aparecen como elementos esenciales para cumplir esa misión. Hasta tal punto es así en EE.UU. que se da por válida la afirmación de que el Derecho administrativo en aquel país nace con la creación de la Interstate Commerce Commission en 1887⁸. El Derecho administrativo continental- europeo tiene otros fundamentos y un más amplio campo de operación.

Aun coincidiendo en una misma actividad, como ocurre con ferrocarriles, electricidad, telecomunicaciones, las respuestas son diferentes en ambos ordenamientos jurídicos, sin que sean tampoco uniformes en Europa, ni inmutables. Las *public utilities* americanas no coinciden en la fundamentación jurídica con los servicios públicos, en el sentido estricto de la categoría, que tiene un contenido económico⁹.

Con anterioridad a un amplio fenómeno de privatizaciones y liberalizaciones llevadas a cabo en España¹⁰ como consecuencia de su integración en la entonces Comunidad económica europea, actividades de crédito y banca por citar el sector económico provocador de la crisis, estaban sometidas a regulación y supervisadas por el Banco de España¹¹. No era resultado de la exportación americana, ni de las exigencias de la Comunidad económica europea, a la que España no se incorporaría hasta 1986, sino de una tradición marcada por el intervencionismo del Estado en la economía¹², anterior a la nacionalización del Banco de España en 1962¹³ y a su configuración como ente regulador autónomo en 1994. La exposición de motivos de la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito de 29 de julio de 1988 lo manifiesta con claridad,

⁸ Cfr. SCHWARTZ, B.: *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston, 2ª ed., 1984, pág. 21.

⁹ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: "El servicio público como categoría jurídica", *Cuadernos de Derecho Público*, núm.2, 1997, págs. 75 y sigs.

¹⁰ Cfr. ARIÑO, G. (Dir.): *Privatizaciones y liberalizaciones en España, Balance y resultados (1996-2003)*.

¹¹ Con empresas privadas convivían Bancos públicos y aun hoy subsiste el Instituto de Crédito Oficial.

¹² En esa materia, *ad exemplum*, la ley de ordenación bancaria de 1946 contenía una minuciosa regulación de la banca privada. Sobre la evolución del ordenamiento jurídico anterior a la situación actual cfr. MARTÍN RETORTILLO, S.: *Derecho administrativo económico*, II La Ley, 1991, págs. 68-90. Sobre el exceso de "estatalización". Cfr. ECHEVARRIA, J. M.: "El control público de la Banca", *Ordenación jurídica del crédito*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, págs. 292-3.

¹³ Por la ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril, como instrumento del Primer plan de desarrollo, en el movimiento liberalizador de la economía española iniciado con el Plan de estabilización de 1958, un punto de inflexión histórico de una economía condicionada por el rígido intervencionismo estatal ligado a las consecuencias de una guerra civil y el aislamiento político del Estado emergente de ella.

al referirse a las experiencias “acumuladas a lo largo de muchos años ... la necesidad de someter las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos”¹⁴.

Por eso, resulta metodológicamente inadecuado encarar la regulación económica desde el punto de vista jurídico como si se tratase de una categoría uniforme y universal. Varía según los sistemas jurídicos, incluido el constitucional de los Estados, las etapas que marcan su singladura histórica y, en un mismo momento, de sector en sector.

La intervención del poder político –cualquiera que sea su configuración– en la actividad económica es consustancial a la existencia de aquel, como la historia evidencia. Desde ese punto de vista existe una persistente regulación pública de actividad económica, sin necesidad de replantear la dialéctica del Derecho administrativo inexistente o desconocido¹⁵, si se toma como divisoria la emergencia de la Administración pública en la órbita de la Revolución francesa¹⁶. Constituyan o no elementos de un ordenamiento jurídico sistematizado, es comprobable la intervención pública en distintos apartados económicos en lo que hoy podría denominarse Derecho público romano¹⁷, del que el Código teodosiano ofrece variadas muestras¹⁸. Análoga observación puede hacerse para el Antiguo Régimen, como para España muestra la Novísima Recopilación¹⁹.

Al final, las variedades que manifiesta la historia tienen que ver con la diferente y en ocasiones cambiante relación entre Estado, organización política de la convivencia, y la sociedad. Explica los diferentes itinerarios jurídicos seguidos.

¹⁴ Por la Ley 26/1983 de 26 de diciembre se regula el coeficiente de caja, la Ley 13/1985 de 25 de marzo versa sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de intermediarios financieros.

¹⁵ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, Madrid, 1967, págs. 18 y sigs.

¹⁶ Cfr. DE TOCQUEVILLE, A.: *El antiguo régimen y la revolución*, trad. esp. Guadarrama, Madrid, 1969. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1972.

¹⁷ Cfr. PÉREZ de BUJÁN, A.: *Derecho público romano*, 12 ed. Civitas, Madrid, 2009.

¹⁸ Cfr. The Theodosian Code, ed. De CLYDE PHARR, Princeton University Press, New Jersey, 1952.

¹⁹ Edición de 1895: libros VII, VIII, IV, Cfr. DOU y BASSOLS, R. L.: *Instituciones de Derecho público general de España*, 9 vols. Madrid, 1800 en especial volumen V que se refiere a la policía y a la regulación de distintos sectores como agricultura, industria, comercio exterior e interior.

III. El itinerario jurídico europeo

En Europa continental, con diferentes motivaciones y en diferentes circunstancias, el Estado ha tenido una presencia determinante en el desarrollo de la economía, aun cuando sean particulares los protagonistas de la actividad. Se pone de manifiesto en el alumbramiento de la idea del servicio público, en su configuración como precisa categoría jurídica y en la progresiva ampliación de la misma hasta su desnaturalización.

La idea nace, aunque resulte paradójico, como una afirmación “anti autoritaria”, en contra de situar la “puissance publique” como nota dominante del Derecho público²⁰. La tecnificación de la idea en categoría jurídica supondrá un compromiso entre la función servicial y la potestad función. El poder no ha sido sustituido por el servicio, dirá HAURIOU²¹. El poder se somete a la idea de servir en lugar de a la de dominar. Un compromiso entre la ideología liberal y la incipiente socializadora, en este caso. El Estado queda legitimado en el ejercicio de poderes soberanos no sólo por expresar la *volonté générale* (ROUSSEAU), sino como titular de responsabilidades sociales.

Un compromiso también entre el Estado que encarna la razón, en la ideología de la Revolución, con los intereses de los particulares, en la etapa del Estado liberal burgués. El Estado, en virtud del dogma de su racionalidad ideal, no puede implicarse con la gestión económica, que la sociedad –la burguesía emergente– reclama; pero no puede desentenderse de ella. Se delimitan las tareas de una y otra. El Estado se reserva la titularidad del servicio, mediante una *publicatio*, y se deja a los particulares la gestión, de acuerdo con el principio de libertad de industria y comercio²².

En Alemania, que no se adscribe a la doctrina del servicio público, al modo francés, el protagonismo del Estado se evidencia por arrastres o razones ideológicas y políticas. La *Fiskuslehre*²³, herencia medieval que hunde sus raíces en principios del Derecho romano, aparta a Alemania de la corriente del *service public*. Sirve para delimitar el terreno del Estado y de la sociedad y explica la resistencia tradicional alemana al contrato administrativo y que las materias de contenido económico se ventilan ante el juez ordinario²⁴.

²⁰ Cfr. DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho Público*, ED. Heliesta, Buenos Aires, 1975, pág. 9.

²¹ *Précis de Droit administratif et de Droit public général*, 11ª ed.

²² Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, 2006, págs. 21-30.

²³ Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L.: *Prólogo a La cláusula de progreso en los servicios públicos*, de J. L. MEILÁN GIL, IEA, Madrid, 1968. Los privilegios del Fisco se reconocen en varios textos del Digesto. Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *El proceso ...* pág. 21.

²⁴ La preferencia del acto sobre el contrato en MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, 2008, págs. 59-64.

Bajo la influencia del idealismo, del que HEGEL es un referente inexcusable, se delimita el campo de juego de Estado y sociedad. Aquel encarna la idea moral. Entronca con la racionalidad que representa la voluntad general frente a los dispersos y múltiples intereses particulares. Esa distinción marca los ámbitos respectivos de Estado y sociedad. El interés general estará dominado por la justicia que el Estado despliega dialécticamente, como el particular lo estará por la idea del beneficio²⁵. Este substracto ideológico contribuyó a fortalecer la posición del Estado y de la Administración prusiana encarnada por Bismarck, el canciller de hierro, al servicio del “principio monárquico”.

El aumento de las tareas del Estado, en virtud de la ampliación de los servicios públicos en el paradigma francés, va a verificarse a través del Estado social de Derecho como superación de un Estado formal de Derecho²⁶.

Esta línea, que tuvo su eclosión en la etapa de proliferación de empresas públicas en la Europa continental y también en el Reino Unido²⁷, se mantiene en el ámbito de la Unión Europea, a pesar del sometimiento de las empresas públicas a las normas sobre competencia²⁸ y del establecimiento del mercado común o único.

El término servicio público es generalmente olvidado en el Tratado²⁹ que trata de responder a su misión de “meeting point” de ordenamientos jurídicos no coincidentes, por lo que se refiere a la admisión de la categoría. No obstante, el artículo 86,2 del Tratado, al referirse a las empresas encargadas de la gestión de servicios económicos de interés general, excepciona su sometimiento a las normas sobre competencia en la medida que la aplicación de dichas normas impidan el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. Con independencia de que puedan subsistir servicios tradicionales³⁰, la idea o misión u obligaciones del servicio público coexiste con los antiguos servicios públicos liberalizados en el llamado “servicio universal”³¹: servicios esenciales,

²⁵ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *Ibidem*. Sobre la dialéctica público-privado. cfr. LLANO, A.: *La nueva sensibilidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, págs. 64 y sigs.

²⁶ La crisis del Estado burgués de Derecho en FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho administrativo*, trad. Esp. Madrid, 1958. Sobre las características de un Estado social de Derecho. cfr. WOLFF, H. J.: *Verwaltungsrecht*, I, 5ª ed. Munich y Berlín, 1963, págs. 45-46 que comprende articulación de poder, Estado formal de Derecho basado en el principio de legalidad, Estado material de Derecho, en el que los intereses superiores prevalezcan sobre los inferiores, general-particular y aspiración a transformar el orden social existente y superar la desigualdad social y económica de sus miembros.

²⁷ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *Empresas públicas y turismo*, ENAP, Madrid, 1967.

²⁸ Artículo 86,1 del Tratado de la UE.

²⁹ Se encuentra en el artículo 73 al referirse a ayudas públicas que excepcionalmente se admiten para reembolsar obligaciones inherentes a la noción de servicio público.

³⁰ En el ámbito local o transportes por carretera en España.

³¹ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *Progreso...*, págs. 44-51 y 121 sigs. En la misma línea, con una interpretación del artículo 128,2 de la CE que me parece excesiva, CARLON RUIZ, M.: *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, 2007.

de una calidad determinada, asequibles para todos los ciudadanos con independencia de su situación geográfica. Con ello se trata de que la prestación del servicio por las empresas privadas tenga una cobertura territorial y social completa.

En publicaciones oficiales de la UE se habla de “una combinación armónica de mecanismos de mercado y misiones de servicio público”³². La insuficiencia del mercado para cumplir los objetivos sociales que revelan las obligaciones de servicio público se manifiesta en las compensaciones posibles para mantener un equilibrio financiero en la actividad correspondiente, que han de justificarse, de lo que existe reflejo en la jurisprudencia comunitaria³³. Son la contrapartida de las actividades prestadas por el servicio universal³⁴. Se admite excepcionalmente restringir o excluir la competencia, esencial para el mercado, cuando pelagra el equilibrio financiero del servicio universal o es necesario para que se preste en condiciones económicamente aceptables³⁵.

IV. El itinerario americano: las agencias reguladoras

La regulación americana está condicionada por los principios fundamentales de su Constitución, que desde su inicio, “Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos”, evidencia el protagonismo de la sociedad civil y la separación y equilibrio de poderes que dificulta lo que puede interpretarse como una intromisión del *government* en las funciones de los poderes legislativo y judicial.

La actividad económica ha sido el ámbito natural de iniciativas privadas, aunque nunca se haya formalizado el principio liberal del *laissez faire*³⁶. El “due process”, la “contract clause” la “just compensation” fueron un obstáculo y, al cabo, han sido la puerta para una creciente intervención del gobierno, a través de agencias reguladoras. Por eso, el importante crecimiento de la intervención administrativa en la economía ha sido un proceso lento y no exento de dificultades, a las que ha contribuido la interpretación del sistema constitucional y la pugna de grupos de presión³⁷. La regulación ha sido propiciada por fenómenos de crisis económica (la gran depresión y el New Deal) o por apremios bélicos (segunda guerra mundial) o la tensión de la posterior guerra fría.

³² Libro Blanco sobre los servicios de interés general.

³³ Sentencias significativas del TJCE son la de 19 de mayo de 1993, asunto Corbeau, de 27 de abril de 1994, asunto Almelo, de 24 de julio de 2003 asunto Altmark.

³⁴ A cargo del presupuesto del Estado, loterías, reparto entre los participantes en el mercado, concediendo derechos especiales y exclusivos, contribuyendo a un fondo.

³⁵ Cfr. STJCE de 17 de mayo de 2001 asunto c-340/99, TNT Traco, STJCE de 15 de noviembre de 2007 asunto c-162/06 International Mail Spain.

³⁶ Cfr. ANSHEN, M. and WORMUTH: *Private...*, págs. 13 y sigs.

³⁷ Una muestra de la jurisprudencia recaída en MORENO MOLINA, A. M.: *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, B.O.E., 1995, págs. 83-86.

Un elemento paradigmático de ese proceso es el desarrollo espectacular del ferrocarril. No existía en sus comienzos, en los años siguientes a la guerra civil, una real regulación. Dominaba en los Estados y en la Federación un gran interés por la inversión privada en el desarrollo del ferrocarril, otorgando incluso ayudas y donando terrenos de dominio público. La revuelta de los agricultores forzaron a la creación de las primeras comisiones en distintos Estados con funciones sólo de inspección y supervisión y más tarde de establecer límites a la libertad de precios por las compañías.

El ejercicio de esta función, aplicada a los silos situados en las estaciones en los que los agricultores almacenaban el grano, sujetos a los precios de las compañías de ferrocarril, provocó una contienda judicial que se revuelve por la sentencia *Munm v. Illinois*, un *leading case* en la materia. La legitimidad de la decisión de la Railroad and Warehouse Commission se basó en que esas actividades –property– llegan a estar revestidas con un interés público cuando afectan a la comunidad “at large”. Son lo que se llamarán “*public utilities*” en el Derecho americano.

No es del caso de exponer el itinerario de la intervención administrativa hasta el actual estadio de la regulación. La aceptación a ultranza de la iniciativa privada se condiciona, por razones de interés público, a través de varios instrumentos jurídicos: “franchises”, “certificates of convenience and necessity”. El desarrollo del ferrocarril, que cruzaba varios Estados, condujo a la lógica consecuencia de considerarlo como asunto federal, dando lugar a la creación de la Interstate Commerce Commission, que se presenta como la referente de las creadas con posterioridad para otros sectores económicos³⁸.

Las dificultades de las Agencias reguladoras³⁹, a las que se atribuye la función que les da nombre, provienen de la estructura constitucional ya que, desde esa perspectiva, se reconoce que actúan con poderes propios del legislativo y judicial, aunque la Federal Administrative Procedure Act defina a la agencia como una “authority... of the Government of the United States other than Congress, the courts”. La realidad es que esas agencias tienen poder de dictar normas (rulemaking) con fuerza de obligar, como la ley, y autoridad para decidir “cases”, como el poder judicial, además de la facultad de “adjudication” que inciden en derechos y obligaciones (autorización de acceso a la actividad, fijación de precios y tarifas, poder sobre el ejercicio de actividad).

³⁸ Cfr. ANSHEN, M. and F. D. WORMUTH, *Private...* págs. 33 y sigs, ESTEVE PARDO, J.: “La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América” en *Derecho de la regulación económica*, dir. S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO, Iustel, 2009, págs. 293 y sigs.

³⁹ Una exposición en SCHWARTZ, B.: *Administrative Law*, cit, capítulos 1 y 2.

Todos los esfuerzos se dirigirán a ampliar cada vez más las delegaciones de poder y a superar las dificultades que desde el *common law* supone el reconocimiento de que la agencia puede ser parte en el asunto controvertido, con vulneración de la situación de igualdad ante el juez. La concentración de esos poderes en una agencia se justifica porque la rígida separación impide una regulación de las industrias. El talismán de esa justificación será la invocación del “interés público” al que debe someterse el poder económico, definido y defendido por la misma agencia y que, en no pocas ocasiones, coincide con el de las compañías reguladas, que ofrecen información económica y técnica al regulador.

Las controversias girarán en torno al alcance y determinación del “interés público”, un concepto general necesitado de concreción en estándares que faciliten la decisión en cada caso concreto. En ese sentido se ha utilizado la razonabilidad de los precios o tarifas, una “fair and impartial” regulación de todos los modos de transporte, un “fair and orderly market”, la “public convenience, interest or necessity” del servicio, que dejan un amplio margen para la decisión judicial acerca del jurídicamente adecuado uso de la potestad normativa de la agencia.

En cuanto a la competencia jurisdiccional su defensa se ha hecho descansar, aparte del socorrido recurso al “quasi”, en que el “due process” no es necesariamente un “judicial process”, por lo que aquella se estima constitucionalmente legítima.

En la moderna historia americana puede detectarse una suerte de compromiso entre regulado y regulador. Aquel acepta el sometimiento a la regulación, en la que influye, a cambio de ventajas frecuentemente unidas a la consideración de la actividad como un monopolio natural, defendido como el modo más eficiente de realizarla.

Esa significación del operador de la actividad se pone de manifiesto en la importancia que en el sistema americano de regulación económica se da a la tasa de retorno (rate of return), como expresión de los beneficios adecuados para la realización de la actividad, fijada unilateralmente por la Agencia en función de datos suministrados por la empresa operadora (equilibrio entre costes e inversiones e ingresos) y la consideración del sector económico en que actúa.

Para lo que aquí interesa, en cuanto a subrayar la diferencia de itinerarios de la Europa continental y de los EE.UU., bastará con recordar que en el meollo de las controversias judiciales está dilucidar si las decisiones de las Agencias tienen un carácter confiscatorio, contrario a la Constitución, que prohíbe al

gobierno tomar o hacer uso de la propiedad sin justa compensación. En todo caso, y es la cuestión a decidir, las “*public utilities*” están destinadas al “public service”; las empresas han de actuar para la “convenience of the public”⁴⁰.

La regulación llega, como máximo, a la protección de usuarios y consumidores, sin asomo de la misión de servicio público que existe en el servicio universal europeo.

V. Regulación y categorías jurídicas

La regulación económica ha planteado de nuevo el reto de considerar su naturaleza en el ámbito del Derecho y más concretamente del Derecho administrativo. No es la primera vez que se presenta un requerimiento de esta naturaleza. Hitos de ese esfuerzo intelectual de sistematización serán la ciencia de la Policía (VON MOHL, VON STEIN), la trilogía de policía, fomento y servicio público (ÁLVAREZ GENDÍN, JORDANA DE POZAS), con la agregación de la gestión económica (VILLAR PALASÍ). A su vez, esa clasificación de la actividad de la Administración se desenvuelve a través de normas, que integran el ordenamiento jurídico –con carácter general e incluso singular– actos unilaterales, que suponen imposición o limitación, de ofrecimiento para aceptación voluntaria o contratos.

La regulación económica ¿supondría un elemento nuevo para la sistematización del Derecho administrativo? Quizá pueda sostenerse para el caso estadounidense ligado a la figura de las comisiones y agencias reguladoras, por la novedad que supone, en la interpretación de su sistema constitucional, que se concentren en ellas poderes “legislativos y judiciales”.

Para responder a la pregunta es preciso analizar sobre qué supuestos opera la regulación económica. En Europa y en América latina aparece ligada a los fenómenos de privatización-liberalización de actividades de servicio público.

En 1968 concluí que los objetivos perseguidos por el servicio público tendían a lograrse por el empleo de medidas de policía –entendida en sentido amplio– para certificar que ya no era preciso que el Estado declare pública, de su titularidad, una actividad, bastando la imposición unilateral, característica de la técnica de la policía⁴¹. La actuación del Estado no fundada en una previa “publicatio”, propia de la categoría del servicio público, es la que corresponde

⁴⁰ Caso *Smyth v. Ames*, 169, US.466.546, Cfr. M.ASHEN and WORMUTH, F. D.: *Private...*, págs. 178-189. Sobre la evolución de la jurisprudencia, con sus avances y retrocesos y del propio modelo de regulación orientado hacia la competencia, cfr. J. ESTEVE PARDO: *La regulación...*, págs. 311-347.

⁴¹ MEILAN, J. L.: *La cláusula ...*, págs. 89-90.

a la regulación económica, que no se circunscribe a la policía, bajo la cual se han situado figuras jurídicas diferentes, dentro de lo que podría denominarse teoría de limitaciones en el ejercicio de derechos, por razones de interés general (ordenamientos sectoriales), actos de comprobación de la legalidad (licencias) o derivadas del contrato o acto que atribuyen el derecho (concesión de servicio público, autorizaciones varias), actos de ejecución, sanciones⁴².

El título habilitante de la potestad ayuda a hacer los oportunos deslindes de las categorías jurídicas. El de la policía es el orden público, entendido constitucionalmente como seguridad pública o seguridad ciudadana, en una reducción del ámbito de aquélla, que es propio de un Estado democrático. El de la regulación económica es el mercado, con el principio de la libre competencia, en el que se concreta el fin justificador de la actividad de la Administración pública, de servicio al interés general, desarrollada, en parte, por unos entes que se configuran como Administraciones independientes, o Agencias reguladoras⁴³. Esto es lo fundamental. El Estado actúa como garantía de que el mercado cumpla con esa finalidad, sin desarrollar la actividad, sin declararla pública⁴⁴.

A esta situación se llega mediante un proceso que presenta, por su propia dinámica, distintas fases con manifestaciones varias: mantenimiento de participaciones privilegiadas (golden share) coste de transición a la competencia o la realización del servicio por una entidad pública empresarial a la que se le encarga el servicio universal (postal).

Tampoco es uniforme la competencia de los entes reguladores, llegándose a hablar con propiedad de una “escala de la independencia”⁴⁵, lo que introduce dudas acerca de la novedad de la regulación por agencias cuando es la Administración General del Estado la que interviene directamente, sin entrar en la consideración de los nombramientos de los miembros de los referidos entes y de su discutible y discutida independencia del poder político.

⁴² Cfr. MEILAN GIL, J. L.: Prólogo a *Poder judicial y derecho administrativo*, de C. A. AMOEDO SOUTO, Universidad de A Coruña, 2000.

⁴³ En la exposición que se hace en el texto se tiene en cuenta el modelo europeo, -y sobre todo español- aunque exista coincidencia con el americano en que unas y otras pueden tener en común una “neutralización del Gobierno”. Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: “*La Administración pública en perspectiva*”, Universidad de A Coruña, 1996, págs. 375-77. En la bibliografía española un trabajo pionero fue el de SALA ARQUER, J. M.: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”, *REDA*, 42 (1984). Cfr. BETANCOR, A.: *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994.

Una ley de 22 de abril de 1980 configuró por primera vez un organismo, el Consejo de seguridad Nuclear, como “ente de Derecho público independiente de la Administración del Estado”.

⁴⁴ El artículo 2 de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del sector eléctrico reconoce la libre iniciativa empresarial para el suministro de energía eléctrica con la consideración de servicio esencial, que según el artículo 128 de la CE puede ser reservado al sector público.

⁴⁵ POMED SÁNCHEZ, L. A.: *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 277.

No es cuestión de realizar un examen pormenorizado de los principales entes reguladores en España, que pueden utilizarse como un elemento para la reflexión sobre el carácter no uniforme de su propia “regulación” jurídica⁴⁶. Tienen un limitado poder normativo⁴⁷, supervisan el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente y el ejercicio de la actividad velando por la efectividad de la competencia, procuran su fomento, contribuyen a la ordenación del funcionamiento del mercado, otorgan autorizaciones, imponen sanciones, realizan actividad de arbitraje, asesoramiento e información⁴⁸ y formulan informes y propuestas.

Al servicio de la competencia, esencial para el correcto funcionamiento del mercado, se ha llevado a cabo normativamente “la desintegración vertical y la separación de actividades”, propiciada por Directivas de la U.E.⁴⁹. Pero, como ocurría en el sector eléctrico, que se cita como referencia, no era esencial al servicio público que toda la actividad de ese sector económico fuese desarrollada bajo esa categoría, configurándose de diferente modo la producción y la distribución.

La regulación de la seguridad y de la calidad, que se presenta también como una característica propia de la nueva regulación económica⁵⁰ tienen numerosos precedentes y con implícitas obligaciones de incorporar las mejoras, de acuerdo con estándares requeridos por el progreso.

Tampoco la autorización para acceder al mercado supone una novedad. Ésta consiste en que, al abandonarse la categoría del servicio público para determinadas actividades, no tenga sentido la concesión de carácter contractual. Las autorizaciones en este ámbito de la regulación económica no difieren, en cuanto a su naturaleza jurídica, de las que existen en otros sectores, superada la teoría de una amplia concepción de la policía y la remoción de límites para justificar las licencias. Las autorizaciones, cuando existen, exigen a los operadores el cumplimiento de los requisitos previstos e indispensables, de carácter técnico y económico, que habilitan para el ejercicio de la actividad⁵¹. En algunos casos se declara expresamente que la

⁴⁶ La disposición adicional décima de la Ley 6/1997 de 14 de abril de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado se refiere a determinados organismos públicos, entre los que figuran entes reguladores como la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a los que puede añadirse la Comisión Nacional del sistema eléctrico (art. 6 de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del sector eléctrico), a los que se aplica supletoriamente la ley, lo que no ocurre con el Banco de España (disposición adicional octava).

⁴⁷ Con carácter general se reconoce en la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴⁸ Ad exemplum, de las normas reguladoras de la CNMV, CMT, CNSE, CNE.

⁴⁹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: *Fundamentos ...*, págs. 170-177.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Para el servicio postal (arts. 11 y 12 de la Ley 24/1998); instalaciones de distribución eléctrica (art. 40 de la Ley 54/1997); licencias de explotación y de servicios aéreos para el transporte aéreo,

autorización es reglada⁵² e incluso automática⁵³. No obstante, la autorización puede ser denegada por incidencia negativa en el mercado⁵⁴ o se otorga en régimen de competencia por limitaciones que imponga el propio mercado, lo que inclina a su consideración como discrecional. Tampoco desde este punto de vista existe novedad en cuanto a la naturaleza jurídica.

La autorización, como acto unilateral, puede contener cláusulas accesorias que influyen en el desarrollo y mantenimiento de la actividad. La autorización contiene la obligación del operador de aceptar condiciones de contenido no económico que se establezcan reglamentariamente con posterioridad “por motivos de interés general⁵⁵” en los que se comprenden los avances tecnológicos para garantizar la calidad del servicio. Tampoco esto es una novedad⁵⁶. El título habilitante de la actividad no se limita a comprobar al inicio el cumplimiento de los requisitos legales exigidos, porque la Administración autorizante no puede desentenderse de una actividad que ha de desarrollarse de acuerdo con las reglas del mercado y de su propio dinamismo. Tampoco en ello existe novedad, al replantearse en sede doctrinal la pertinencia de las denominadas autorizaciones operativas o de tracto sucesivo⁵⁷, y son ampliamente conocidas las autorizaciones como técnicas de “resultado” en materia medioambiental⁵⁸.

Los entes reguladores colaboran, al menos con la supervisión, a que las autorizaciones respondan de modo permanente al fin que justificó su otorgamiento y, en todo caso, a que la actividad desarrollada se corresponda con las exigencias del mercado y eventualmente del servicio universal.

Pero ni el acceso⁵⁹, ni el establecimiento de las obligaciones de servicio universal que se imponen unilateralmente⁶⁰, ni la fijación de tarifas y precios

Cfr. RODRÍGUEZ-CAMPOS, S.: *La liberalización del transporte aéreo: alcance y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 123 y sigs.

⁵² Autorizaciones singulares para el servicio postal, instalaciones para producción eléctrica en régimen especial (energías renovables) que, sin embargo, suelen otorgarse en régimen competitivo en las Comunidades autónomas.

⁵³ Autorizaciones generales para el servicio postal.

⁵⁴ Las autorizaciones para distribución de energía eléctrica pueden denegarse, aún cumpliendo los requisitos previstos, por su incidencia negativa en el mercado.

⁵⁵ *Ad exemplum*, en las autorizaciones singulares del servicio postal.

⁵⁶ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *Progreso ...*, págs. 125-131.

⁵⁷ Crítico de esa figura por entender que supone una “tendencia expansiva de los poderes de la Administración”, LAGUNA DE PAZ, J. C.: *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, 2006, págs. 60-69.

⁵⁸ Caso típico y tradicional en actividades molestas, nocivas o peligrosas. Sobre las cuestiones planteadas en el texto, cfr. MEILÁN GIL, J. L.: “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión”, *RAP*, núm. 71, 1973, págs. 84 y sigs.

⁵⁹ *Ad exemplum*, artículo 9 y 13 de la ley de servicio postal universal y de liberalización de los servicios públicos.

⁶⁰ Artículo 22 de la ley general de telecomunicaciones.

se lleva a cabo por los entes reguladores, sino por el gobierno⁶¹. En este sentido no parece que se haya innovado mucho. La fijación del precio regulado no se realiza en el ámbito de un contrato de gestión de un servicio público⁶², pero incluso bajo ese régimen se ha sostenido el carácter normativo de la tarifa del servicio⁶³. Decir que “en el nuevo régimen liberalizado el precio del servicio lo fija el mercado” no pasa de ser una afirmación teórica, a la que conduce la lógica y desmiente la realidad, al servicio de diferentes fines de la política⁶⁴. Otra cosa es que la fijación del precio⁶⁵ haya de hacerse teniendo en cuenta el mercado, así como las retribuciones (date of return) de las actividades⁶⁶.

En definitiva, el título habilitante de la regulación económica es el mercado con su nota inherente de la competencia, por sectores normalmente singularizados⁶⁷, con un respaldo constitucional que reconoce la libertad de empresa, precisamente en una economía de mercado y que se concreta en normas de obligado cumplimiento para los operadores que solicitan acceder a ellos y se incorporan mediante actos y pueden ser sujetos de sanciones. La regulación económica no es una categoría única, como el servicio público o como se pretendió que lo fuera la policía.

⁶¹ En ese sentido crítico cfr NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: *La Comisión Nacional de Energía*, Marcial Pons, 2008, pág. 150.

⁶² Por la fórmula contractual parece inclinarse CASAGNE, J. C.: *La intervención administrativa*, Abeledo- Parrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1994, pág. 179.

⁶³ Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, Madrid, pág. 48 y ARIÑO ORTIZ, G.: *Las tarifas de los servicios públicos*, I.G.O., Sevilla, 1976. En CASAGNE, J. C. y ARIÑO, G.: *Servicios públicos, regulación y negociación*, Buenos Aires, 2005, págs. 104 y sigs. Se orienta hacia “lo contractual”. Personalmente sigo manteniendo el carácter normativo.

Cfr. MEILÁN, J. L.: *Progreso...* pág. 130. Es también hoy la tesis de TORNOS MAS, J.: “Regulación de precios y tarifas” en *Regulación económica*, pág. 559, también VILLAR ROJAS, F. J.: *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares, Granada, 2000, págs. 195-7.

⁶⁴ TORNOS: *Regulación...* pág. 557

⁶⁵ Las tarifas eléctricas a pagar por los consumidores se establecen teniendo en cuenta el coste de producción de energía eléctrica, peajes por transporte y distribución, costes de comercialización, costes permanentes del sistema y de diversificación y seguridad de abastecimiento (art. 17 Ley 54/1997).

⁶⁶ Para la determinación de tarifas, peajes y precios que deben satisfacer los consumidores se establece reglamentariamente “la retribución de las actividades con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad de suministro eléctrico” (art. 15) a partir de datos de mercado (art. 16).

⁶⁷ Se ha hablado de ordenamientos sectoriales, por influencia italiana, GIANNINI, M. S.: “Gli elementi degli ordinamento giuridice”, *Rev. Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, págs. 291 y sigs. En relación con el mercado de valores se ha sostenido que se trata ya de un ordenamiento general por BELANDO GARIN, B.: *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Thomson-Civitas, 2004, págs. 43-45. FERNÁNDEZ, T. R.: “El ordenamiento crediticio y bancario español, reflexiones después de la crisis” *Comentarios a la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito* C.E. Cajas de Ahorro de Madrid, 1989, págs. 15-16.

Las novedades proceden del protagonismo del mercado y del dinamismo privado, asumidos por el Estado. Explica los fenómenos de “autorregulación”⁶⁸, así como la influencia o participación privada en el ejercicio de la potestad normativa de la Administración, que favorece la mayor rapidez de las empresas privadas para incorporar la aceleración del progreso tecnológico. El protagonismo del mercado limita la potestad discrecional de la Administración, como para la imposición de obligaciones de servicio universal ha advertido la Directiva 2002/22 CE⁶⁹ y facilita su control. Las distorsiones del mercado, como las ayudas públicas, están prohibidas como regla general. La Administración es la primera obligada, por un principio de coherencia, a impedir posiciones dominantes, a que sea efectivo el acceso a las redes que sean imprescindibles para el desarrollo de la actividad.

Aunque la independencia jurídica de los entes reguladores sea relativa, hasta el punto de no poder afirmarse que la regulación económica descansa fundamentalmente en ellos, su cometido no es ciertamente irrelevante⁷⁰. Se ha reconocido jurisprudencialmente que son titulares de una potestad normativa propia, (circulars, instrucciones) además de la que deriva de una delegación del gobierno o del Ministro que corresponda⁷¹. La novedad en la integración sucesiva de la norma, frecuente en el ordenamiento jurídico-administrativo⁷², estriba en que uno de los escalones es un ente que no se encuentra en una relación de jerarquía y que, en realidad, opera más que como un ente independiente, como un ente instrumental dotado de una determinada autonomía⁷³.

Por lo que se refiere a los actos en aplicación de la potestad normativa o sancionadora la “escala de la independencia” de los entes se manifiesta en que en unos casos agotan la vía administrativa y son impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativo (CNMV, CMT) y en otros, antes de acudir a ésta, procede un recurso de alzada –impropio– ante el Ministro con el que se relaciona (CNE, CNSE).

⁶⁸ Cfr. ESTEVE PARDO, J.: *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

⁶⁹ No deben fomentar artificialmente determinadas opciones tecnológicas en detrimento de otras, ni imponer una carga financiera desproporcionada, o que repercuta injustamente en los consumidores de rentas bajas.

⁷⁰ La CMT define, teniendo en cuenta las Directrices de la Comisión Europea, los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas con posibilidad de imponer obligaciones específicas a los operadores (art. 10 Ley 2/2003).

⁷¹ STS de 10 de julio de 2007, RJ 7726. La STC 133/1997 de 16 de julio, aunque reproduce lo sentado en la STC 135/1992 deja traslucir la posible habilitación directa de la ley al afirmar que no se opone a lo dispuesto en el artículo 97 de la CE que “el legislador estatal haya dotado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de una serie de potestades, incluida la reglamentaria, para que pueda cumplir adecuadamente sus funciones”.

⁷² Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *La distinción...*, págs. 45 y sigs.

⁷³ Cfr. FUERTES LÓPEZ, M.: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 379-380. NAVARRO RODRIGUEZ, P.: *La Comisión...*, págs. 313 y sigs.

VI. Regulación y supervisión bancaria

No sin razón, se ha dicho que la preocupación de los Estados por regular está ligada a las crisis que se producen de vez en cuando, correspondan o no a predeterminados o previsibles ciclos⁷⁴. Sucede en el ámbito bancario y en otros ámbitos a los que ha de dar respuesta el ordenamiento jurídico. Lo que ha ocurrido a nivel mundial, que ha sido calificado como “la venganza del exceso”⁷⁵, puede constatarse en España, cuyo sistema de regulación no sólo se ha “autoelegido” oficialmente, sino que ha sido reconocido fuera⁷⁶.

Sin remontarse excesivamente, la crisis de los años setenta del pasado siglo ocasionó la quiebra de una cincuentena de bancos, alterando el “statu quo” que se había mantenido durante el régimen político instaurado después de la guerra civil. En 1993 se produjo el problema del líder bancario durante muchos años, el Banco español de crédito (Banesto). Bancos y cajas desaparecieron o fueron absorbidas por otras para evitar su caída.

Estos antecedentes explican que se hubieran adoptado unas amplias medidas regulatorias hasta el punto de que se haya criticado la “hiperregulación financiera” o la “exuberancia regulatoria”⁷⁷ que causa rigidez en el funcionamiento del sistema en el que operan entidades privadas (bancos) o de carácter social (cajas de ahorro).

La tradición regulatoria es coherente con el reconocimiento de la actividad bancaria, sin que se haya impuesto la consideración del crédito como servicio público, ni se haya acudido a la nacionalización de la Banca. Esa realidad, propia de la economía de mercado que será reconocida en la Constitución de 1978, ha sido compatible con la existencia de crédito oficial y de bancos públicos especializados por sectores⁷⁸, de la que sobrevive el Instituto de Crédito oficial, al que en la actual crisis se ha encomendado un plan de ayuda a las entidades de crédito, con préstamos a bajo interés para favorecer su liquidez⁷⁹.

⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *El ordenamiento...*

⁷⁵ KRUGMAN, P.: New York Times, *El País*, 29 de marzo de 2009.

⁷⁶ “Spanish Steps”, *The Economist*, 15 de mayo 2008. OSORIO, J. A.: “Las provisiones anticíclicas: uso e importancia para la estabilidad del sistema financiero”, *Banco Central de Reserva de El Salvador*, n° 26, 20 de enero de 2009.

⁷⁷ Es la opinión del Presidente de la Confederación Española de Cajas de ahorros QUINTÁS SEOANE, J. R.: “Los nuevos entornos regulatorios y las Cajas de ahorros españolas” *Rev. Derecho bancario y bursátil*, núm. 108, 2007, págs. 9 y sigs.

⁷⁸ De crédito industrial, a la construcción hipotecaria, agrícola, del que fui Presidente (1979-1982).

⁷⁹ Cfr. Real Decreto-ley 6/2008 de 10 de octubre por el que se crea el Fondo de adquisición de activos financieros con 30.000 millones de euros ampliables a 50.000 para aumentar la oferta de crédito a empresas y particulares.

Se trata de una actividad privada, necesitada de autorización previa y regulada administrativamente en algunos aspectos de su funcionamiento y no sólo para salvaguarda de los intereses de los depositarios de fondos en las entidades que la desarrollan y de los usuarios de ellas, sino por su importancia para el conjunto de la economía. Por eso, resulta razonable que las entidades no sean consideradas exclusivamente de un modo singular, sino formando un conjunto o sector financiero, que ha sugerido la categoría jurídica de ordenamiento sectorial y que la inclusión en el sector sea configurable con la discutible –e innecesaria– categoría de sujeción especial, de procedencia alemana⁸⁰.

Para lo que aquí se está tratando interesa la regulación que tiene por finalidad salvaguarda del sistema financiero, que puede verse en peligro por el fallo de sus piezas: en suma, la estabilidad del sistema y la confianza en él⁸¹.

Las normas reguladoras provienen del Parlamento (leyes), que son desarrolladas y completadas por reglamentos, cuya competencia corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y por disposiciones de la misma naturaleza del Ministro competente en la materia, así como por circulares del Banco de España, a quién compete primariamente la supervisión del funcionamiento del sistema. Ninguna novedad supone ello respecto de lo que es normal en el ordenamiento jurídico, con la única salvedad que puede derivarse de considerar que el Banco de España goce de una potestad normativa que, en alguna medida, proviene directamente de la habilitación que le otorga la ley⁸².

El itinerario legislativo seguido es ilustrativo de cómo se ha ido afrontando la necesaria regulación del sistema financiero. El impacto de la crisis de mediados de los años setenta del pasado siglo, que hubo de ser afrontada coincidiendo con el momento delicado de transición a la democracia, condujo a una operación de salvamento con la creación del Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios en noviembre de 1977, poco después de formarse el primer gobierno democrático. Se reformó en 1980, constituyéndose también en 1982 el relativo a las Cajas de ahorro y al de Cooperativas de crédito. La

⁸⁰ El término disciplina utilizado en la ley favorece la admisión de esa discutible categoría que ha sido aceptada por el Tribunal Supremo. Cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: “Poderes públicos de ordenación bancaria y eficacia preventiva” *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, Civitas, Madrid, págs. 418-419.

⁸¹ Este último objetivo, por ejemplo, se presenta como el principal reto de la regulación en Argentina después de un azaroso periplo. Cfr. *Banking Regulation*, 2009, Law Business Research, Londres, 2009, que contiene la respuestas a un cuestionario sobre la materia a 27 países, entre los que no se encuentra España.

⁸² En ese sentido también PAREJO ALFONSO, L.: “La potestad normativa de las administraciones independientes”. *Administración instrumental*, libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo, Civitas, Madrid, I, págs. 645-6.

solución ha permanecido y se ha reforzado recientemente con motivo de la crisis actual, según se expondrá más adelante.

La ley sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito es expresiva de su contenido⁸³, que revela una cierta heterogeneidad. Aunque la Exposición motivos presenta inicialmente la ley con una invocación general a la necesidad de la regulación y supervisión pública en términos coincidentes con lo anteriormente expuesto sobre la justificación de esa intervención del Estado, el contenido evidencia la importancia que le presta al régimen sancionador, al que se refieren 27 de los 48 artículos de la ley. La urgencia venía provocada por la falta de cobertura legal de sanciones impuestas, reconocida por los Tribunales. Tan es así, que la propia exposición de motivos califica esos artículos como temas centrales, incluido el procedimiento, y el artículo 1 arranca declarando que incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable “las entidades de crédito y quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas que infrinjan normas de ordenación y disciplina”.

No es cuestión de analizar ese contenido de la ley, sino de subrayar la importancia de la potestad sancionadora en la materia, como instrumento disuasorio de comportamientos que vulneran el específico ordenamiento jurídico⁸⁴.

En la ley se contienen otros temas, aunque su propia exposición de motivos reconoce la necesidad de una ley general sobre ordenación de la actividad de las entidades de crédito, que “por su complejidad no puede abordarse –se decía en 1988– con premura”. Entre ellos habría que destacar aquí la *intervención* de la entidad o la *sustitución* provisional de sus órganos de administración o dirección cuando aquella “se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia”⁸⁵. Es el caso extremo, que es compatible con el ejercicio de la potestad sancionadora y que puede adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador. Esas medidas se acuerdan por el Banco de España, previa audiencia a la interesada si no se hiciera a instancia suya, dando cuenta razonada al Ministro de Economía y Hacienda.

Una medida típicamente regulatoria es la que impone el establecimiento de *coeficientes de inversión y recursos propios*. A ello se refiere la Ley 13/1985 de 25 de mayo reformada, en parte, por la 36/2007 de 16 de noviembre. La medida consiste en que las entidades de crédito quedan obligadas a destinar parte de los recursos que proceden de tomar dinero de terceros –función

⁸³ Es la Ley 26/1988 de 29 de julio que lleva a cabo una necesaria limpieza de normas anteriores.

⁸⁴ Vid. Ley 19/2003

⁸⁵ Artículo 31. En 2009 se ha intervenido una Caja de Ahorros.

típica— a las inversiones establecidas en la ley: financiación al sector público español, fomento a la exportación, la inversión o el empleo, la protección de los sectores retrasados, a la reestructuración de la economía y la atención de necesidades de carácter social. Para ello el Gobierno queda habilitado para exigir que los activos calificados para cubrir esas obligaciones “estén dentro de unos límites máximos y mínimos de rentabilidad”.

Este tipo de coeficientes obligatorios ha motivado la crítica de representantes del sector. Se dirigen a objetivos de política económica o general, para lo que se utiliza a las entidades de crédito de un modo instrumental⁸⁶.

El título II, reformado por la ley de 2007, que pasa a denominarse de *recursos propios mínimos y limitaciones a la actividad de las entidades de crédito por razones de solvencia*, a consecuencia de la Directiva europea 2006/48/CE transpuesta al Derecho interno tiene, en cambio, como finalidad “garantizar la estabilidad del sistema financiero previniendo la aparición de crisis entre aquellas entidades que conforman su tejido”. La medida fundamental, para ello, consiste en la obligación de “mantener en todo momento un volumen suficiente de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos”.

Esa suficiencia se concreta en que las entidades dispondrán en todo momento de fondos iguales o superiores a la suma de recursos propios mínimos, de acuerdo con el cálculo que se establezca reglamentariamente para determinados riesgos⁸⁷.

De otra parte, se podrán imponer límites máximos a las inversiones en inmuebles u otros inmovilizados, a las acciones y participaciones, a los activos, pasivos o posiciones en moneda extranjera, a los riesgos que pueden contraerse con una misma persona, entidad o grupo económico y, en general, a aquellas operaciones que impliquen riesgos elevados para la solvencia de las entidades.

La ley contiene una amplia habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario, advertida por el Consejo de Estado (informe 740/2007), fundamental para la eficacia de sus disposiciones, ya que por aquella vía se fija el alcance y cuantía de las obligaciones de las entidades de crédito.

⁸⁶ Cfr. QUINTÁS, J. R.: *Los nuevos...* Esa utilización instrumental se manifiesta, por ejemplo, en relación con el blanqueo de dinero por motivos tan importantes como la lucha contra el narcotráfico o el terrorismo, en aplicación de la Ley 19/2003 de 4 de julio. Entre la escasa jurisprudencia SSTS de 20 de marzo y 18 de octubre de 2007, que declaran conforme a derecho sanciones a un Banco por no informar a la Administración de haber bloqueado determinadas cuentas.

⁸⁷ Riesgo de crédito, de dilución, de posición, de liquidación, de contraparte, sobre materias primas, operacional (art. 6).

En ese proceso de concreción sucesiva de la norma regulatoria, el Banco de España juega un papel importante y, sobre todo, en la supervisión del sistema. No es cuestión de narrar su historia hasta el momento actual⁸⁸, sino de analizar sus funciones como ente regulador y supervisor del ordenamiento bancario. Sin llegar, a la configuración de una auténtica entidad independiente⁸⁹, el Banco tiene autonomía, como declara la ley del mismo nombre 13/1994 de 1 de junio.

El Banco de España es una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia, que para el cumplimiento de sus fines actúa con autonomía respecto de la Administración General del Estado y, en ese sentido, a diferencia de los otros entes reguladores, no está sometido a las previsiones establecidas en la ley que regula aquella administración y, salvo en los casos en que ejerza potestades administrativas, queda sometido al ordenamiento jurídico-privado (art. 1).

De los hitos hasta esa culminación habría que recordar la disposición adicional octava de la Ley de 1988 que declara, zanjando discusiones doctrinales, que podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejercicio de la regulación contenida en las disposiciones del Gobierno o del Ministro que la habiliten para ello, lo que se corrobora en el artículo 3,1 de la Ley de 1994, consolidando el nombre de circulares⁹⁰.

Prescindiendo aquí de sus funciones en relación con la política monetaria en cuyo ejercicio podrá dictar circulares monetarias⁹¹ y su pertenencia al sistema europeo de bancos centrales (SEBC) con sometimiento a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea, el Banco de España deberá *supervisar* “la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito”.

La supervisión, como la propia información del Banco suministra, se lleva a cabo de un modo continuo, basada en la información recibida, el análisis a distancia e inspecciones “in situ” y a través de requerimientos y

⁸⁸ Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. A.: *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 29-122.

⁸⁹ El modelo sería el Banco federal alemán, que derivaría del artículo 88 de la Ley fundamental. El enganche a la Constitución es fundamental.

⁹⁰ La STC 135/1992 de 5 de octubre dictada en recursos contra la Ley 13/1985 sobre coeficientes de inversión reconoció la constitucionalidad de la potestad normativa del Banco de España, con base en que “forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta”. Por ello entiende que es posible la desconcentración de la potestad reglamentaria, que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno, en el Banco de España que es “asesor de aquel y ejecutor de su política monetaria y crediticia”.

La justificación es discutible a la luz de la Ley de 1994 de autonomía del Banco y de la diferencia de sus funciones como consecuencia de su integración en el SEBC.

recomendaciones, aprobación de planes de saneamiento, pudiendo llegar a la intervención y sustitución de administradores y el ejercicio de una potestad disciplinaria y sancionadora.

La función ejercida a través de Circulares ha sido determinante de la regulación de las entidades de crédito, como ponen de manifiesto las dictadas sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. De especial importancia ha sido la circular 9/1999 de 17 de diciembre, que entró en vigor en julio de 2000, que modificó la regulación sobre provisión de insolvencia contenida en la circular 4/1991 de 14 de junio sobre normas de contabilidad.

La novedad fundamental fue la llamada *provisión estadística* o anticíclica que pone de relieve, de otra parte, la relevancia de las normas de contabilidad para hacer más real y efectiva la supervisión y la posibilidad consiguiente de prevenir crisis y de actuar con diligencia.

A diferencia de las tradicionales provisión específica, cuyo objeto es cubrir los activos morosos y genérica, que es un porcentaje del crecimiento crediticio, la estadística se constituye para cubrir pérdidas esperadas. Con esta provisión, se trata de eludir las consecuencias del provisionamiento que sigue el curso de la economía, en el sentido de que desciende en los períodos de crecimiento y crece en los de recesión. La provisión estadística opera, en cambio, con una visión cíclica: aumenta cuando disminuye la específica y se recurre a ella cuando ha de aumentar ésta como consecuencia de la fase recesiva del ciclo.

Esta provisión anticíclica responde, por tanto, a la necesidad de cobertura de los riesgos de crédito que no han dado señales de deterioro y la determinación de su importe se realiza mediante un sistema integrado de medición y gestión del riesgo que se funda en la experiencia e historia de la entidad⁹².

Esa perspectiva de futuro, en previsión de una de esas fases recesivas, se evidencia por el momento en que se introdujo la provisión estadística, que correspondía a una situación óptima de crecimiento económico, con morosidad mínima y excelentes cuentas de resultados de las entidades financieras. A ello ha de atribuirse, en buena medida, la resistencia del sistema, en los primeros tramos de la actual crisis financiera y recesión económica, con aumento de la morosidad, acentuada por el derrumbe del sector inmobiliario.

El aumento de la morosidad ha provocado que las entidades crediticias, principalmente Cajas de Ahorro, hayan tenido que echar mano de las provisiones anticrisis. Lo que era un instrumento de estabilidad se convierte

⁹¹ Esa potestad normativa deriva directamente de la ley.

⁹² OSORIO, J. A.: *Las provisiones...* cit.

en una dificultad, por su severidad, en un momento de recesión opuesto al del boom inmobiliario en el que se impusieron⁹³.

Las peticiones por una mayor flexibilidad se dirigen a la circular 4/2004 de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros⁹⁴, modificada por la 6/2008, en cuanto afectan a las provisiones provocadas por las hipotecas y la incidencia en ellas de los incumplimientos, como consecuencia de la crisis. La contabilidad es fundamental para tener un conocimiento exacto y rápido de los negocios. Es “la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados y de los flujos de efectivo de la entidad o del grupo” indispensable para la eficaz supervisión por el Banco de España.

Los Fondos de garantía de depósitos, creados para afrontar la crisis de las entidades de crédito de mediados de los setenta, se han mantenido. Ese instrumento acaba de ampliarse para encarar la situación actual, en previsión de posibles problemas en el sistema financiero español, con la creación del *Fondo de reestructuración bancaria* por Real Decreto-ley 9/2009 de 26 de junio⁹⁵.

Los Fondos de garantía de las entidades de crédito son patrimonios independientes, dotados de personalidad jurídica, en la órbita del Banco de España⁹⁶. Cumplen con las finalidades de asegurar los depósitos y de saneamiento y refluotamiento de entidades de crédito en dificultades. Se constituyen con las aportaciones de las entidades, consistentes en el 2 por 100 de los depósitos existentes en ellas al final del ejercicio, pudiendo disminuirse a propuesta del Banco de España que, de un modo excepcional, puede realizar aportaciones al Fondo. La administración del Fondo está llevada por una comisión gestora compuesta por cuatro representantes del Banco de España y otros cuatro en representación de las entidades de crédito. La actuación a realizar puede consistir en ayudas financieras, reestructuración del capital y medidas de gestión que mejoren la organización, procedimiento y control interno de la entidad.

⁹³ En abril de 2009 el FASB, que determina las normas contables en EE.UU., acordó relajar su aplicación a los bancos para que los activos financieros no hayan de ser valorados mensualmente a precios de mercado *mark to market*. Se mejoran los resultados y disminuye la transparencia.

⁹⁴ De acuerdo con el Reglamento 1605/2002 del Parlamento europeo y del Consejo que adoptó las normas internacionales de información financiera (NIF).

Cfr. también la circular 3/2005 de 22 de mayo sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, consecuencia del Real Decreto 216/2008 de 15 de febrero.

⁹⁵ Ha suscitado discusión por parte de algunas Comunidades autónomas, que se plantean interponer recursos de inconstitucionalidad por entender que algunos de sus preceptos vulneran competencias de ellas.

⁹⁶ R.D. 2606/1996 de 20 de diciembre.

El Real Decreto-ley de 2009 pondera y conserva los Fondos de garantía, pero ante una situación que “no puede calificarse de normal” amplía los instrumentos adicionales previstos para hacer frente a un “potencial riesgo sistémico” que podría generarse por “la consideración conjunta” de los problemas de viabilidad de entidades susceptibles de entrar en dificultades.

Para ello se plantea una estrategia que “favorezca la solución de los problemas mediante una reestructuración ordenada del sistema bancario”, para la que se proponen tres fases: búsqueda de una solución privada por la propia entidad de crédito; activación de los Fondos de garantía de depósitos, que requiere la aprobación por el Banco de España de un plan de actuación para superar la situación de debilidad económico-financiera, que puede dirigirse a “reforzar el patrimonio y la solvencia de la entidad, su fusión o absorción o el traspaso total o parcial del negocio o unidades del mismo”.

En la tercera fase interviene el Fondo de reestructuración. En ella las facultades de intervención son amplias y el papel del Banco de España relevante. Procede la reestructuración ordenada cuando a juicio del Banco de España no sea posible resolver los problemas de una entidad con los procedimientos previstos para las fases anteriores. A él corresponde designar al Fondo de reestructuración como administrador provisional. El plan de reestructuración podrá prever la fusión con otra u otras entidades, cesión global o parcial de sus activos y pasivos mediante procedimientos que aseguren la competencia, como la subasta.

Medidas de apoyo financiero, o que mejoren la gestión, completan los instrumentos a utilizar. El Fondo de reestructuración tiene una dotación de 9.000 millones de euros, de los cuales 6.750 son a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y 2.250 de los Fondos de garantía de depósitos, sin perjuicio de que esta última aportación sea incrementada por ley y el Fondo pueda adicionalmente emitir valores de renta fija y realizar operaciones de endeudamiento.

El gobierno del Fondo corresponde a una Comisión rectora compuesta por ocho miembros, de los cuales cinco lo serán a propuesta del Banco de España –uno de ellos subgobernador– y tres en representación de los respectivos Fondos de garantía de depósitos.

El nuevo Real Decreto-ley y la Ley 5/2009 de 29 de junio, que modifica la 26/1988 sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, han reforzado la función supervisora del Banco de España, de cuya amplitud

dan cuenta las Memorias anuales⁹⁷: circulares, ejercicio de la potestad sancionadora, inspección y sugerencias –pastorales en el argot– en el ámbito de lo que en la jerga comunitaria es *soft law*.

A la vista de lo expuesto, sin contar con la actividad en parte coincidente de la Comisión Nacional del mercado de valores, ha de concluirse que el problema no parece que consista en un déficit de regulación y de supervisión a nivel nacional.

VII. El impacto de globalización

La actual crisis económica evidencia la realidad de la globalización que se manifiesta de diferentes modos en la vida ordinaria. El primer indicio –las hipotecas *subprime* en EE.UU.– eran sólo una parte de lo que ha ido creciendo y extendiéndose hasta convertirse en una crisis mundial. Expertos económicos⁹⁸ han señalado que empezó a vincularse en los años noventa, en un clima bastante generalizado de euforia económica. Economías emergentes de Asia fueron grandes importadores de capital a raíz de la crisis financiera asiática de finales de los noventa. Acumularon enormes cantidades de activos extranjeros como reservas –el dólar es la referencia– lo que les permitió exportar dinero barato, que inundó el mercado americano y el de países europeos.

Ese flujo masivo de dinero estimuló la actividad bancaria, sin demasiada preocupación por su regulación, donde existía o donde era escasa, que hizo posible una carrera de enriquecimiento de las entidades y una ilusión de riqueza en muchos países. A su servicio, además del dinero barato, se puso la fabricación de activos artificiales –*hedge funds*– que distorsionaron la función característica del negocio bancario⁹⁹, haciendo imposible el seguimiento del riesgo, aumentada por la exportación como nuevos productos al resto del mundo. En el fondo, la crisis revela un aspecto relativo al comportamiento humano, de carácter ético, en el que la competencia es absorbida por la codicia, disimulando el riesgo y engañando a los inversores. Ese clima explica que se hayan producido grandes estafas, como la de Madoff y ha permitido actuaciones de aseguradoras y auditoras que las han llevado a su desaparición o a su desprestigio, que también ha afectado a compañías o agencias de *rating* que califican la fortaleza de las entidades de crédito.

⁹⁷ En la correspondiente al año 2008 estaban sometidas a su supervisión 500 entidades, de las cuales 361 eran entidades de crédito; formuló 77 escritos de recomendaciones y requerimientos, de los cuales la mitad se refirieron al riesgo del crédito; se incoaron 14 expedientes sancionadores y se revolvieron otros tramitados contra 9 entidades y 42 miembros de sus órganos de dirección y administración.

⁹⁸ Cfr. KRUGMAN, P.: *La venganza...*

⁹⁹ En la propuesta de Obama se apuesta por una banca “más aburrida”.

Teniendo en cuenta lo acaecido resulta razonable sostener que la regulación financiera realizada a nivel de los Estados no es suficiente para hacer frente con la eficacia necesaria a una crisis que las supera. Como ha quedado expuesto, normas adoptadas en España han respondido a la necesidad de transponer al Derecho interno Directivas de la Unión Europea, que son resultado de un no siempre fácil consenso.

El documento suscrito por los representantes del G-20 ampliado, en su reunión de Londres del pasado 2 de abril de 2009, resumió el diagnóstico de la situación de un modo lapidario: “una crisis global requiere una solución global”. Se reconoció que “los grandes fallos en la regulación y supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis”. Se propuso crear un marco supervisor y regulador más fuerte y globalmente más coherente. Además del compromiso de cada Estado para establecer unos sistemas reguladores más fuertes, se adoptó el de una mayor coherencia y cooperación sistemática entre los países, en el marco requerido por un sistema financiero mundial, que promueva el decoro, la integridad y la transparencia.

Por lo que se refiere al compromiso de los Estados, el presidente Obama ha propuesto en un libro blanco una amplia reforma financiera, que, en muchos aspectos, no suena desacompasada con lo que se expuso en relación con el ordenamiento español y que subraya y acentúa la dirección marcada en los últimos compases de la presidencia Bush.

La Reserva Federal refuerza su posición, pudiendo intervenir, en caso de emergencia, para rescatar a entidades financieras importantes, que pudieran poner en peligro la estabilidad del sistema. Las entidades financieras, de acuerdo con lo propuesto en la reunión del G-20, deberán reforzar el capital y cumplir con requisitos de liquidez más estrictos. El Supervisor Bancario Nacional ejercerá una vigilancia, en sustitución de los supervisores de cada Estado. Los Fondos de riesgo y derivados deberán registrarse en el regulador bursátil.

En la Unión Europea se ha optado por un Consejo o Junta del riesgo sistémico, bajo la presidencia del BCE e integrada por miembros de los Bancos de los Estados y reguladores nacionales, que podrá hacer recomendaciones no vinculantes para los Estados. El ente superregulador europeo levanta reticencia en algunos Estados de la Unión.

En la reunión del G-20 se propuso la creación de un Consejo de Estabilidad financiera (FSB), que sucede al Foro del mismo nombre (FSF) con mayores competencias y un mayor número de miembros. Se le encomienda ampliar la regulación y vigilancia a todas las instituciones, los instrumentos y los

mercados financieros sistémicamente importantes, que colaborará con el FMI para “advertir de ante mano de los riesgos macroeconómicos y financieros” y sobre las medidas necesarias para superarlos.

El tiempo dirá si el Foro de Estabilidad financiera, rebautizado como Consejo, es una solución. Esa decisión reconoce que no se parte de cero y ahí comienzan las dudas, al comprobar que existían acuerdos y recomendaciones del Foro y de otros organismos, con objetivos y finalidad de supervisión de los mercados financieros.

Bastará a los efectos aquí interesados mostrar algún ejemplo. El Comité de Basilea fue creado en 1974. Está compuesto por los gobernadores de los bancos centrales o entidades encargadas de regulación en países de Europa¹⁰⁰ y EE.UU., Canadá y Japón. No ejerce una autoridad supervisora de carácter supranacional y sus conclusiones no tienen, por tanto, fuerza legal¹⁰¹. Pretenden que sean adoptadas, con la flexibilidad correspondiente, para que la supervisión bancaria sea universal y se haga de un modo adecuado.

En el ejercicio de ese cometido el Comité de supervisión de Basilea redactó un informe, conocido como Basilea II¹⁰², en el que se estableció un marco para estimar la suficiencia de capital y los estándares mínimos a alcanzar, para que fueran adoptados por los países representados en el Comité. Fue diseñado para ofrecer posibilidades a los sistemas bancarios de todos los países, a cuya disposición quedaba el documento.

El objetivo fundamental, según propia declaración, era fortalecer la solidez y estabilidad del sistema bancario internacional. En ese sentido se propone fomentar la adopción de prácticas de gestión de riesgos más rigurosas, estableciendo la retención de capital equivalente al 8 % de sus activos, ponderados por el riesgo, ente otras circunstancias.

En abril de 2008, un año antes de la reunión del G-20 en Londres, el Foro de Estabilidad Financiera (FSF) había sometido a los Ministros de Finanzas del G-7 un Informe sobre fortalecimiento del Mercado y resistencia institucional, sobre el que volvió en octubre siguiente. En él se contenía una serie de recomendaciones, que reflejaban un consenso, para emprender acciones relativas a la debilidad del sistema financiero al que se consideraba, con razón, en la raíz de la crisis. Se trataba de que existiese menos apalancamiento y de fortalecer la supervisión de modo que la transparencia permita identificar y manejar mejor los riesgos.

¹⁰⁰ Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Suecia, Suiza, España.

¹⁰¹ Cfr. *Core Principles for effective Banking Supervision (1997) Core Principles Methodology (1999, 2006)*.

¹⁰² *Convergencia internacional de medidas y normas de capital: marco revisado*.

En el informe se ponía el acento en la necesidad de que las autoridades reguladoras incrementasen su responsabilidad en lo concerniente a los riesgos, alertando de la mayor complejidad del mercado y de los productos financieros, una quizá velada manera de referirse a lo que se ha ganado el nombre de “fondos basura”. En el muy completo informe, que se refiere también al discutible uso que se hace de *ratings* en el marco regulatorio, se reconoce de un modo diplomático, característico, que el progreso en esta materia “sólo puede ser gradual”¹⁰³.

No faltaban, por tanto, análisis ni recomendaciones sobre cómo había de actuarse. Quizá, habría de reconocerse menos diplomáticamente que no fueron adoptadas por los destinatarios, sobre todo por el protagonista principal, como el plan propuesto por Obama viene a reconocer. El fallo no vino, tanto de falta de instrumentos, como de su inaplicación.

El acuerdo del G-20 de ampliar el FSF incluyendo a nuevos miembros¹⁰⁴ puede ayudar –esa es la intención declarada– a impulsar reformas del sistema financiero internacional. Nuevas sensibilidades se incorporan a los grupos anteriores más cerrados –el G-7, el G-9, el G-20– que pueden colaborar a hacer más real un ideal democrático adecuado el ámbito supranacional.

VIII. La relevancia del emergente derecho administrativo global basado en principios

La crisis, calificada de global, constata la emergencia de un ordenamiento jurídico del mismo orden, de carácter administrativo¹⁰⁵. La composición de los diferentes grupos constituye una muestra, no explicable desde un Derecho internacional interestatal. Otra, muy característica, es la actuación de compañías privadas de calificación que establecen *rates* de fortaleza de las entidades de crédito en todo el mundo, que influyen positiva o negativamente en la confianza de los inversores y de los usuarios de aquellas¹⁰⁶, con especial importancia en situaciones de crisis.

El acuerdo del G-20 en Londres se refirió al marco requerido por un sistema financiero que promueva el decoro, la integridad y la transparencia. Los dos primeros conceptos responden al amplio consenso sobre que la codicia ha

¹⁰³ Cfr. *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*.

¹⁰⁴ Argentina, Brasil, China, India, Indonesia, Corea, México, Rusia, Arabia Saudi, Sudáfrica, Turquía, además de España y E. U.

¹⁰⁵ Cfr. MEILÁN GIL, J.L.: “Fundamento principal del Derecho administrativo global” *III Congreso internacional de Derecho administrativo*, Monterrey, abril 2009.

¹⁰⁶ *Ad exemplum*, Moody’s Investors Service actúa en más de 100 Estados.

estado en el meollo de la crisis financiera. El G-20 acordó respaldar y aplicar los principios del FSF sobre remuneración y compensación. Detrás de ello se encuentra el escándalo social de la compensación por “bonus” a ejecutivos de entidades financieras creadoras de “hedge funds” y auxiliadas por el gobierno en EE.UU.¹⁰⁷.

Los daños que se han producido deben ser contemplados de alguna manera desde los *principios de prevención y precaución*, como generadores de responsabilidad. Aunque la aplicación no es fácil, porque la evaluación del riesgo debe corresponder a un riesgo verificable¹⁰⁸, no habría que descartarlos en principio, sin dejar la cuestión de la responsabilidad sólo al Derecho penal. De alguna manera se alude a esos principios en el citado acuerdo del G-20 cuando se encomienda al nuevo Consejo de Estabilidad financiera (FSB) colaborar con el FMI para “advertir de antemano de los riesgos macroeconómicos y financieros”.

El *principio de transparencia* se reconoce en el acuerdo de tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales, de los cuales la OCDE publicó una lista, que rápidamente fue retirada ante varias reclamaciones. De todos modos queda como una proclama a cumplir que “la era del secreto bancario ha terminado”. Al mismo principio responde el objetivo de mejorar las normas contables. La transparencia permite identificar y manejar los riesgos¹⁰⁹.

IX. Reflexión conclusiva

Con ocasión de la regulación económica se comprueba, una vez más, que es improcedente la importación acrítica en el ordenamiento jurídico de un país de instituciones y regímenes que corresponden a tradiciones ajenas, plasmadas de ordinario en la correspondiente Constitución. Pueden ser incorporadas las expresiones, pero con facilidad se produce un rechazo. El trasplante no funciona adecuadamente, encuentra un rechazo en la organización jurídica distinta de la originaria.

¹⁰⁷ Cfr. FSF *Principles for Sound Compensation Practices*: “Esos incentivos perversos ampliaron el excesivo riesgo adoptado que amenazó al sistema financiero global y dejó a las entidades financieras con “fewer resources” para absorber las pérdidas al materializarse los riesgos”, págs. 23-24.

¹⁰⁸ El órgano de apelación de la OMS, al referirse al alcance del artículo 5 del Acuerdo sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, ha sostenido que “el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado”. Cfr. Asunto Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) Estados Unidos/ Canadá vs Comunidades Europeas (enero 1998).

Caso sobre validez de una decisión de embargo adoptada por Australia sobre salmones provenientes de Canadá (1998). En el caso de medidas de Japón que afectan a los productos agrícolas (22 de febrero de 1999) el Órgano de apelación concluyó que no estaban correctamente fundadas en una evaluación de riesgos.

¹⁰⁹ Cfr. *Report of the Financial...*

La regulación económica no es una categoría jurídica uniforme ni universal. Su peculiaridad consiste en tomar, por propia determinación pública, al mercado como elemento de referencia de la actuación de la Administración. Es su título habilitante, autoimpuesto, por entender que es la mejor forma de atender a la satisfacción del interés general.

Esta elección obliga a actuar de acuerdo con un *principio de coherencia*. El Estado ha de garantizar el correcto funcionamiento del mercado, que requiere un efectivo y auténtico desarrollo de la libre competencia, de modo que cualquier medida de la Administración distorsionadora del mercado ha de estar adecuadamente justificada y habilitada de un modo general por la ley, como es el caso del servicio universal o la transición a la competencia.

Las potestades de los entes reguladores tienen diferentes fundamentos según los sistemas constitucionales. En el de corte continental europeo supone una superación del entendimiento ley-reglamento. No siempre y no necesariamente toda potestad normativa de los entes ha de entenderse como desarrollo del reglamento, en los ordenamientos en que sea competencia del Gobierno, como el español, sino como ejercicio de la habilitación directa de la ley.

La regulación económica tiene su ámbito natural en las *public utilities*, en los servicios públicos liberalizados, lo que explica su diferencia respecto de la regulación del sistema financiero-bancario. En este caso la interdependencia supranacional requiere fórmulas regulatorias de la misma naturaleza, que no encuentran su fundamento último en un inexistente poder legislativo, sino en procedimientos típicos de un emergente Derecho administrativo global correspondiente a una gobernanza en red.

FUNCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

I. Introducción

La cuestión de las medidas cautelares, a día de hoy, en los inicios del siglo XXI, con una justicia administrativa más bien lenta y que suele pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa cuando esta se ha consumado tiempo atrás, constituye hoy uno de los temas centrales del entero sistema del Derecho Administrativo. Por muchas razones, entre otras, porque el juicio cautelar, que no es un juicio de validez, sino de eficacia, se nos presenta como un primer test sobre la eficacia del acto y su posible afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, la tensión entre eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad, que son dimensiones temporales de la eficacia, y la tutela judicial efectiva, constituyen el ámbito propio en el que despliegan su virtualidad operativa las medidas cautelares.

El dogma de la ejecutividad del acto administrativo, uno de los principales pilares de la construcción continental europea del Derecho Administrativo, está siendo reinterpretado a la luz de los principios y criterios constitucionales; en especial, desde el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, en España, como en otros países, ha traído consigo la doctrina de la justicia cautelar hasta el punto que la jurisprudencia ha terminado por deducir una nueva dimensión de la tutela judicial efectiva: la tutela judicial cautelar.

Tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo español en un auto de 18 de julio de 2006, la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. O, lo que es lo mismo, que se pueda asegurar razonablemente la efectividad de una sentencia futura que pueda llevarse a la práctica, como sigue diciendo el Tribunal Supremo español en el auto citado, de modo útil. Si el acto se ejecuta, desaparece su objeto del proceso judicial, y por ello la pretensión del recurrente se desnaturaliza al igual que una eventual sentencia favorable a quien insta la medida cautelar. Si el recurso pierde su

finalidad legítima, por haberse ejecutado inmediatamente el acto, sobre todo en los casos de daños irreversibles, entonces la justicia se torna ilusoria con la consiguiente desmoralización del pueblo, que empieza a perder la fe en la impartición eficaz de la justicia.

Es decir, es tanta la trascendencia que tiene la justicia cautelar cuándo la lentitud es la característica esencial de la Administración de justicia, que en estos procedimientos se ha concentrado, aunque sea una justicia provisional, una de las principales expectativas para la obtención de resoluciones judiciales en tiempo razonable. No en vano hace años CARNELLUTI sentenció que la justicia cautelar se está convirtiendo en la única justicia, reflexión que debe llevarnos a construir una justicia cautelar que se mueva en el ámbito de una tutea judicial efectiva que impida las situaciones de indefensión a que podría conducirnos una perspectiva absoluta del dogma de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

En efecto, la cuestión de la renovación de viejos dogmas, expresiones de la autotutela de la Administración pública, es la consecuencia lógica de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre las categorías que venían inveteradamente fundando el Derecho Administrativo en el viejo continente. No se trata, pues, de desmontar el viejo sistema del Derecho Administrativo continental, sino de “aggiornar” sus basamentos a la realidad social y normativa que, obviamente, ha cambiado y mucho, especialmente en materia de derechos fundamentales de la persona. No es que la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo deban desaparecer por mor de la relevancia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que hemos de reclamar una posibilidad del control judicial de la actuación administrativa que sea razonable que evite las situaciones irreversibles. Es decir, que la justicia administrativa, especialmente la cautelar ha de poder conocer de determinadas actuaciones administrativas antes de que se hayan consumado o ejecutado, máxime cuando nos encontremos con situaciones de irreversibilidad, con situaciones en las que el recurso contencioso administrativo pueda perder su finalidad legítima.

En este punto es menester señalar que la evolución legislativa se ha producido a golpe de sentencia, por lo que los Tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo Español, han tenido el acierto, ya desde la interpretación de la Ley jurisdiccional de 1956, de haber ido abriendo el camino que ha desembocado en la ley vigente de 1998 que, en esta materia, puede decirse que ha recogido fielmente las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más relevantes. Así lo ha puesto de manifiesto la exposición de motivos de la Ley de 1998 y así lo ha demostrado la centralidad de los derechos fundamentales en su proyección sobre el entero sistema del Derecho Administrativo.

El problema fundamental estriba, como veremos a continuación, en que el privilegio de la ejecutividad no puede operar al margen de la tutela judicial efectiva, por lo que el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de noviembre de 2003 señaló que “en el proceso administrativo, la justicia cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de la Administración, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 CE (“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”), así como el 153.6 CE (“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: (...), por la jurisdicción contencioso – administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias”), y, en último término, respecto de la legislación delegada, el artículo 86.2 CE (“Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”).

El principio de la tutela cautelar, derivación de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, se nos presenta como límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, por lo que las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales sino que, como ha señalado la propia exposición de motivos de la Ley de 1998 y afirma el Tribunal Supremo en esta capital sentencia de 10 de noviembre de 2003, se convierten “en instrumento de la tutela judicial ordinaria”, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa estas medidas en el ámbito del denominado Derecho Administrativo Constitucional.

Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre y 2 de febrero de 2007 ponen de relieve que “con la nueva regulación concluye el monopolio de la medida cautelar de suspensión, perfilándose un sistema de “*numerus apertos*”, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo”. Las medidas cautelares no son excepciones, son facultades, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2002, que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario. Y será necesario cuando la ejecución del acto pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima. Esta es la nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el marco constitucional, una funcionalidad que se inserta en una justicia lenta que poco a poco, aunque no debiera ser así, va sustituyendo una justicia definitiva sobre la validez que llega muy tarde, y a veces en malas condiciones, por una justicia provisional, cautelar, que se centra en los

efectos del acto en relación con la irreversibilidad del daño producido y con la naturaleza de la incidencia que pueda tener en el interés general.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 señala que la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra, como estableció ya el Supremo por sentencia de 22 de julio de 2002, en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento firme suponga la pérdida de finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba anteriormente el artículo 122 de la ley de 1956, y como hoy dice expresivamente el artículo 129 de la ley jurisdiccional de 1998, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello, sigue diciendo esta sentencia, el “*periculum in mora*” forma parte de la esencia de la medida cautelar pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de manera útil. Sería inútil si es que el acto ya se ejecutó o si es que su conocimiento lesiona la tutela judicial efectiva. No digamos si es que la sentencia provoca o produce indefensión, situación que no es sólo exclusiva del accionar administrativo, también puede ocasionarse, aunque es más difícil, por el propio poder judicial a través de sus resoluciones.

Hoy, tras la ley de 1998, las medidas cautelares “podrán acordarse – dice el artículo 129.2 – únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Criterio que parece traer causa del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 y de la doctrina recogida en el auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que se proclama el derecho a la tutela cautelar; y, por supuesto, de la sentencia Factorfame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, que establece que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”. Ahora bien, junto a este presupuesto es menester que la ponderación circunstanciada de los intereses en juego así lo aconseje.

La doctrina sentada en la sentencia Factortame, que introduce en el Derecho español el auto de 1990, del Tribunal Supremo, ha sido glosada, para el tema que ahora nos ocupa, por una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo, siguiendo su jurisprudencia, entiende que parece como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a una tutela judicial cautelar por fuerza del principio del derecho que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Entiende también el Supremo español que esta tutela cautelar trata de evitar

la frustración de una sentencia final, ya que de lo contrario, la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su previsible razón, no supone una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, aunque posteriormente fuera resarcido en sus daños o perjuicios.

Este principio del derecho comunitario nos lleva a cuestionarnos hasta que punto en el análisis de la medida cautelar, aunque no es posible entrar en el fondo, en la cuestión de validez del acto norma recurrida, no es posible que el juzgador realice determinadas reflexiones en orden a analizar la consistencia o solidez de la razón que asiste a quien solicita la cautelar, reflexiones que de alguna manera sean inescindibles, inseparables, del juicio o test de legalidad.

Como es sabido, la preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha cobrado un especial relieve en este tiempo debido, en gran parte, a su consideración como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. Derecho que, como hemos comprobado, es de construcción jurisprudencial a partir de la introducción en nuestro Derecho de la doctrina Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de julio de 1990.

El caso es que la tutela judicial efectiva de carácter cautelar se ha convertido en un hecho cotidiano en los Tribunales contencioso-administrativos españoles, actuando como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y como remedio para que ésta, llegada a su ejecución, no sea inútil.

En efecto, la potestad de los Jueces y Tribunales de adoptar medidas cautelares responde, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional” (sentencia 218/1994) evitando que un posible fallo a favor de la pretensión “quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento” (sentencia 218/1994). Esta es, en mi opinión, la clave del tema, evitar que se consoliden situaciones irreversibles que, obviamente, la indemnización “a posteriori” puede no restaurar. Para evitar que la ejecutividad genere supuestos de “irreversibilidad”, se somete a control judicial para que su entendimiento y aplicación se realice en el marco constitucional que dibuja el artículo 24.1. Esta referencia a la irreversibilidad, nudo gordiano de la materia que vamos a examinar, también puede colegirse sin especial dificultad de la línea argumental mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo durante la vigencia de la Ley de 1956 tal y como tuve ocasión de estudiar, van a hacer ahora veintitrés años en mi tesis doctoral precisamente sobre la suspensión

del acto administrativo en vía contencioso administrativa, entonces –1986– la única medida cautelar prevista en nuestro Ordenamiento jurídico.

El profesor García de Enterría, que ha estudiado a fondo esta cuestión, señala como auténtico hito de esta evolución el citado auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que el ponente, Profesor González Navarro, configura un genuino derecho a la tutela cautelar, que se corresponde con un deber, por parte de la Administración y de los Tribunales, de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido de la resolución que finalmente se adopte. En este sentido, el Tribunal Supremo –auto de 20 de diciembre de 1990– señalaba lo siguiente interpretando, por elevación, el antiguo artículo 122 de la Ley de 1956, precepto que en el régimen anterior sólo preveía la suspensión como medida cautelar única:

los estrechos límites del artículo 122 de la LJCA tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución, derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar.

Estas aproximaciones, realizadas durante la vigencia de la ley jurisdiccional de 1956, prepararon el terreno para que la ley de 1998 dedicara al tema de las medidas cautelares nada menos que un capítulo: el capítulo II del título VI de la ley a través de los artículos 129 a 136.

El articulado responde a lo dispuesto en la exposición de motivos de la ley de 1998 que reconoce que “el espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía en su adopción”. El legislador, pues, se limita a registrar lo que la jurisprudencia y la doctrina han venido señalando tiempo atrás en orden a disponer de una justicia cautelar de mayor calidad, para, desde el entendimiento de que esta modalidad de Justicia forma parte integrante del principio de tutela judicial efectiva, señalar que, estas medidas en modo alguno son una excepción, sino que, por el contrario, se nos presentan “como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que sea necesario”.

La doctrina está de acuerdo en situar como un elemento clave a la hora de tratar el fundamento de las medidas cautelares en general, el problema de la lentitud en la resolución de los procesos jurisdiccionales. El artículo 24.2 de nuestra Constitución afirma claramente que “todos tienen derecho a un

proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...” por lo cual el retraso desproporcionado en la resolución de los procedimientos supone una grave conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra norma suprema. Así, además, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 26/1983, al afirmar que “desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva”.

Básicamente, lo que se pretende es que la duración del procedimiento no altere el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes. En otras palabras, el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control judicial sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto. La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto para evitar que pueda dar lugar a situaciones de indefensión, situaciones claramente prohibidas por la propia Carta Magna en su artículo 24.

El Tribunal Supremo ha construido recientemente, a partir de los preceptos que el legislador de 1998 dedica a esta materia un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136) con siete notas o características (sentencias de 13 de junio de 2007, de 6 de febrero de 2007, de 21 de junio de 2006, de 30 de noviembre de 2005 o de 14 de octubre de 2005):

En primer lugar, la regulación de las medidas cautelares en el orden judicial contencioso administrativo constituye un sistema amplio, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado, al especial de protección de derechos fundamentales de la persona. Las medidas cautelares pueden adoptarse respecto de actos y de normas, si bien en relación con las disposiciones generales sólo cabe la tradicional medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998). Respecto a la supresión de la especialidad que tenía la suspensión del acto en punto al procedimiento especial de derechos fundamentales, mi juicio es francamente negativo puesto que si tanto predicamos la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, resulta que el sistema anterior de suspensión automática como regla salvo que el abogado del Estado acreditara un perjuicio grave al interés general parecía congruente con esa posición medular en el sistema jurídico. Ahora, al seguir las medidas cautelares en

este procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona el régimen general, resulta que esa centralidad queda diluida, desnaturalizada.

En segundo lugar, las medidas cautelares se fundamentan en un presupuesto claro: el denominado tradicionalmente “*periculum in mora*”, ahora bajo el rotulo de la irreversibilidad, es decir, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que acontece cuando el daño ocasionado por la actuación administrativa recurrida es imposible de reparar razonablemente. Supuesto que se produce de ordinario cuando el acto se ejecuta antes de la sentencia, algo muy frecuente en un universo en el que prima, a veces de manera irracional, el dogma de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Por eso, el artículo 130.2 de la vigente ley jurisdiccional dispone que procederá “únicamente” la medida cautelar cuando “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Sin embargo, no es cierto que sea este el requisito o presupuesto único porque, como ahora señalaremos, es necesaria la concurrencia de otro elemento.

En tercer lugar, efectivamente, como parámetro o contrapeso del anterior criterio, el nuevo sistema exige, como reconoce el Tribunal Supremo, al mismo tiempo, una detallada ponderación del interés general o de tercero. Tal ponderación o valoración jurídica habrá de realizarse en relación con el propio “*periculum in mora*”. En el mismo sentido, el propio artículo 130.2 de la vigente ley establece que, no obstante, la concurrencia del “*periculum in mora*”, “la medida cautelar podrá denegarse cuándo de esta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”. Ambos criterios, insisto, han de darse conjuntamente a través de una ponderación circunstanciada, como también dice la ley, de los intereses y de las consecuencias de la ejecutividad de la actuación administrativa.

En cuarto lugar, desde una perspectiva procedimental se apuesta por la motivación de la medida cautelar, lo cual es muy saludable y conveniente al sistema de justicia administrativa en el que cada vez la justicia cautelar tiene un papel más relevante. La motivación de la medida cautelar, como señala certeramente el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de octubre 2005, una de las más recientes, es consecuencia de la ponderación de los intereses en conflicto; así en el artículo 130.1.^a se exige para su adopción la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, expresión que se reitera en el artículo 130.2 “*in fine*”, al exigir igualmente una ponderación en forma circunstanciada de los citados intereses generales o de tercero. Tal operación jurídica de ponderación implica una argumentación racional acerca de la incidencia de la cautelar en el interés general y de la

previsibilidad de que la ejecución de la actuación administrativa pueda hacer la finalidad legítima al recurso. Es decir, su racionalmente se puede deducir una posible situación irreversible que haría inútil la interposición del recurso contencioso administrativo.

En quinto lugar, tal y como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de “*numerus apertos*”, entre las que, sin duda se encuentran las de carácter positivo. En este sentido, el artículo 129.1 de la vigente se remite a cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Medidas que pueden ser de orden positivo y que pueden adoptarse en relación con actos negativos de la Administración pública, tal y como en este último caso previene, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de las medidas, la nota sexta subraya que la solicitud de las medidas cautelares podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso (artículo 129.1 de la vigente ley con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), extendiéndose en cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley (artículo 132.1 de la vigente ley de la jurisdicción contencioso administrativa), contemplándose, no obstante, su modificación por el cambio de circunstancias.

Y, finalmente, en séptimo lugar, como correspondencia a la apertura de las medidas cautelares del nuevo sistema, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse las medidas que sean necesarias para evitar a paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (artículo 133.1 de la ley de 1998), añadiéndose, además, que la misma podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho (artículo 133.3 de la ley jurisdiccional contencioso administrativa de 1998).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de octubre de 2005, además de la doctrina expuesta, cita jurisprudencia abundante para concluir que el adverbio “*únicamente*” del artículo 130.1 de la vigente ley debe interpretarse teniendo en cuenta una doble referencia: “*valorando no solo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada*”.

Además, el Tribunal Supremo, por ejemplo, sentencia de 6 de febrero de 2007, extrae tres conclusiones de la exégesis del artículo 130.1 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998:

a) La adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

b) Aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga siempre a considerar un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cautelar al interés general o al de un tercer afectado por la eficacia del acto impugnado.

c) en todo caso, el juicio de ponderación que al efecto el órgano jurisdiccional ha de realizar ha de atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Irreversibilidad y grave afectación al interés general o de tercero afectado han de integrarse armónicamente para que prospere la medida cautelar. He aquí, pues, un diseño acabado del sistema cautelar del derecho español en el orden contencioso administrativo. Ahora corresponde, una vez establecido el contorno jurídico de la institución, analizar algunos elementos que ayuden a entender este completo sistema que el Tribunal Supremo español ha caracterizado con rigor y precisión.

II. Ejecutividad del acto y tutela judicial efectiva: de la ley de 1956 a la de 1998

Como es sabido, la Ley Jurisdiccional de 1956, en consonancia con el momento y las circunstancias históricas que presidieron su nacimiento, partía de una consideración general del efecto no suspensivo de la interposición de recursos en vía judicial contenciosa, contra actos o disposiciones administrativas. Frente a este principio, se contemplaba la sola excepción de que la ejecución de actos o normas pudieran causar perjuicios de reparación imposible o difícil, en cuyo caso el Tribunal, a instancia del interesado, podría acordar la suspensión. Este es, en esencia, el contenido del viejo artículo 122 de la ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1.956, cuya exposición de motivos se situaba, sin embargo, un paso más allá de la

propia regulación que interpretaba, al señalar que, a la hora de declarar la suspensión, se deberá ponderar en qué medida el interés público la exige. De igual modo, en relación con la dificultad de la reparación, dicha exposición de motivos afirmaba que no cabía excluirla, sin más, por el hecho de que el daño fuese evaluable económicamente. Es decir, el legislador tenía claro que los intereses en juego, especialmente el público, debían modular el régimen demasiado estricto del presupuesto de la irreparabilidad o difícil reparación.

Desde este punto de partida –que, como hemos visto, apuntaba en su propio nacimiento, unas interesantes posibilidades interpretativas– se edifica la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre las medidas cautelares en general y la suspensión en particular que, tiene, en su evolución, un antes y un después de la Constitución de 1.978.

En efecto, podemos, en primer lugar, identificar un progresivo debilitamiento del requisito de la imposible o difícil reparación de los daños, como elemento central del sistema, que parte, como hemos señalado, de la propia ley jurisdiccional de 1956. Del carácter vertebrador de este requisito de la dificultad de la reparación se ha señalado, con acierto, que desviaba la atención hacia un problema que no era el fundamental, ya que lo realmente decisivo es la protección de los bienes jurídicos en presencia en el caso concreto, mediante una solución de justicia material.

Se ha querido, también, buscar la causa de esta interpretación exclusivamente centrada en la dificultad o imposibilidad de reparación en la propia –e inadecuada– redacción del párrafo 2º del artículo 122 de la ley de 1956 y en el paralelo desconocimiento del contenido de la exposición de motivos, a cuyas posibilidades interpretativas ya hemos aludido y que, ciertamente, sólo al final de la vida de esta ley se le supo sacar toda la virtualidad que encerraba.

Pues bien, sobre estos presupuestos, la Jurisprudencia se situó, en el momento inicial de la aplicación de la Ley de 1956, en una posición marcadamente favorable a la preeminencia de el principio de ejecutividad de los actos, denegando prácticamente como regla toda suspensión cuyo posible daño fuera evaluable económicamente, desoyendo, por otra parte, la propia exposición de motivos de la ley.

Ahora bien, esta posición inicial fue progresivamente matizada al socaire de la realidad constitucional que, a partir de 1.978, marcó una consideración nueva de las medidas cautelares y, entre ellas, de la suspensión, al entrar en relación ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Es, ésta, una de las consecuencias de la proyección de un orden jurídico nuevo sobre

unos cimientos viejos que precisaban de una tarea a fondo de remozamiento, rehabilitación y reconstrucción.

Efectivamente, el criterio de la reparación económica –y de su presupuesto: la evaluabilidad de los daños– no podía ser considerado de manera absoluta. Más bien requería de una solución valorativa caso por caso. A partir de aquí, la jurisprudencia entendió que el precepto del artículo 122 de la Jurisdicción de 1956 encerraba un concepto jurídico indeterminado, necesitado de ser traducido conforme al conjunto de circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. Casuismo que, unido a la citada, aunque tardía incorporación del texto de la exposición de motivos de la Ley de 1956 como elemento hermenéutico de primer orden, invitaba claramente a valorar los intereses implicados para decidir otorgar o no la suspensión. Tarea de ponderación que, sin embargo y como ya hemos advertido, es uno de los criterios determinantes que la Ley de 1998 establece para la procedencia o no de la medida cautelar.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de llamar la atención sobre la necesidad de obrar en este tema de acuerdo con el caso concreto, recogiendo una vieja jurisprudencia que más que negar la virtualidad de los principios, los fortalece puesto que el caso concreto ha de ser analizado jurídicamente en el marco de la legalidad y de los principios generales del Derecho. Al casuismo en materia de medidas cautelares se han referido, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, de 21 de junio de 2006 o de 21 de marzo, puesto que la proyección de los criterios que establece la ley de 1998 para pronunciarse si procede o no la medida cautelar de que se trate ha de hacerse en el caso concreto y éste, la realidad, en muchas ocasiones revela o no la propia aplicación de los principios o criterios previstos en la ley. Casuismo integrado en los principios y, por supuestos, principios aplicados a la realidad.

A partir de la Constitución de 1978 el criterio de la irreparabilidad de los daños deja de ser, al menos en apariencia, el eje sobre el que pivota la suspensión de la ejecución del acto recurrido, entonces la única medida cautelar prevista en la ley. La necesidad de la solución justa en cada caso trajo como lógica consecuencia la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, teniendo muy en cuenta la incidencia del interés público. Y, en este punto, la combinación del criterio de los daños y la incidencia del interés público fue calificada por el Tribunal Supremo de “interpretación auténtica” del artículo 122 de la Ley de 1956, abriendo las puertas a la nueva regulación que hoy contempla el Derecho vigente.

Una nueva nota vino a completar este debate. En el mismo sentido de la ponderación de intereses se pronunció la regulación del procedimiento de amparo constitucional en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que estableció que, en materia de suspensión en esta vía, la Sala suspenderá el acto cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad y, a sensu contrario, podrá denegarse la suspensión solo cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales. Regulación, insisto, que hasta literalmente recoge el legislador de 1998.

Poco a poco, pues, como fruto de la labor del Tribunal Supremo basada en la cantidad y la calidad de sus autos relativos a la posibilidad de suspender actos recurridos, fue viendo la luz una nueva interpretación del artículo 122 de la Ley de 1956 en la que el criterio de la irreparabilidad o difícil reparación, fue, sustituido por la concepción de la “irreversibilidad” –que permite una más amplia tutela judicial– adquiriendo la ponderación del interés público en presencia, a partir de la consideración de lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956, un notable protagonismo. Hoy, la jurisprudencia más reciente entiende que el presupuesto fundamental que habilita la adopción de la medida cautelar es precisamente que el recurso pierda su finalidad legítima, lo que acontece de ordinario cuando se consuman situaciones “irreversibles” (sentencias de 27 de julio de 2005, de 8 de julio de 2005, ambas del Tribunal Supremo). Situaciones, insisto, como también reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que han de integrarse en el marco de la ponderación de los intereses en conflicto, especialmente en relación con la incidencia de la medida cautelar en el siempre relevante interés público.

Realmente, si la ejecutividad se fundamenta en razones de interés público, no parece muy aventurado pensar que la suspensión, o la medida cautelar de que se trate, pueda jugar cuando no haya interés público grave en la ejecución del acto o norma. Sabemos que el conflicto de intereses es frecuente en estos casos. Pero sabemos, también, que los principios constitucionales concretados en la “vis expansiva” de las libertades públicas y los derechos fundamentales deben abrirnos las puertas de la solución. La reciente jurisprudencia también se ha ocupado de este tema, por ejemplo, en las sentencias de 7 de noviembre de 2007, de 21 de junio de 2006 o de 18 de mayo de 2004.

No debe, sin embargo, asimilarse un progresivo aumento de la operatividad de las medidas cautelares con un paulatino debilitamiento de la ejecutividad. Más bien, por situar la polémica en los que entiendo son sus justos términos, es menester señalar la necesidad de integrar la ejecutividad en el marco

constitucional en que discurre la Administración Pública. La ejecutividad debe, por tanto, entenderse precisamente en clave constitucional. Y, en esta línea, lo relevante es, como queda señalado, que el enjuiciamiento de dicha ejecutividad garantice la tutela cautelar que la Constitución hace nacer del principio del artículo 24.1 de nuestra Carta Magna.

En este sentido sí me parece interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, según la cual, la potestad ejecutoria de la Administración, legalmente reconocida, no puede considerarse, en modo alguno, como opuesto la Constitución, sino, muy al contrario, como desarrollo necesario del principio de “eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” que proclama el artículo 103 de la Carta Magna. Ahora bien, que esto sea así, no quiere decir, ni mucho menos, que la tutela cautelar introduzca fuertes límites a la posición institucional de una Administración que ya no dispone de la ejecutividad. Más bien, de lo que se trata es de situar a la ejecutividad en el marco de la Constitución, tarea que reclama seriamente evitar que tal propiedad de los actos administrativos produzca situaciones de indefensión, situaciones prohibidas por la Carta Magna. Es decir, lo que a mi juicio no es compatible con la Constitución es una versión radical, absoluta, del privilegio de autotutela. La autotutela constituye un poder público que debe operarse en el marco de la Constitución, lo que quiere decir que también la tutela judicial efectiva, la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de la indefensión deben integrarse como elementos del ejercicio de dicha potestad.

A partir de aquí, y a pesar de que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978 se haya invertido la regla general de la no suspensión como efecto de la interposición del recurso, no debe deducirse que la suspensión deba ser la regla general ya que esta regulación no es más que la consecuencia de que, en determinados presupuestos –protección de libertades públicas hasta 1998 o sanciones administrativas– el Derecho se ajusta a la propia realidad y naturaleza de las cosas. Hoy, con la ley jurisdiccional de 1998 en la mano, como ya he señalado, el régimen de las medidas cautelares en los supuestos del procedimiento especial en materia de derechos fundamentales son las ordinarias, habiéndose terminado, desafortunadamente, ya lo anunciamos, el régimen de la suspensión como regla salvo que se acredite el perjuicio grave al interés público. Aquí ha prevalecido el funcionalismo sobre la centralidad de los derechos fundamentales, ha prevalecido un exceso de realismo sobre la fuerza jurídica que deben tener los derechos fundamentales de las personas.

Como punto final a la construcción jurisprudencial que venimos describiendo, debemos situar el juego de la interrelación entre la ejecutividad y la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Frente a quienes vieron en esta relación la necesidad de interpretar de modo distinto –cuando no de vaciar completamente de contenido– la regulación de la ley jurisdiccional de 1956, parece afirmarse una postura más razonable y equilibrada, según la cual, la protección de los derechos fundamentales –en especial del derecho a la tutela judicial efectiva– se satisface haciendo que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y los instrumentos propios del principio de contradicción, resuelva en Derecho.

Sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva de la evolución jurisprudencial –bien difundida y conocida en esta materia– sí quisiera llamar la atención sobre algunas resoluciones judiciales que ilustran la evolución que hasta aquí hemos comentado, trabajando en este caso también con la interesante y evolutiva jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Efectivamente, la jurisprudencia ha sido la responsable de incorporar una nueva aproximación de las medidas cautelares, antes de 1998 la suspensión, mediante la cual éstas, o ésta según el tiempo en que nos situemos, dejó de ser un mero mecanismo excepcional, para convertirse en una pieza central del sistema de garantías consagrado en la Constitución, tal y como, por ejemplo, ya lo sabemos, ha registrado la exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1998. El nuevo camino no es ya la protección radical del interés público, sino la lógica constitucional de garantizar la plena eficacia de la decisión judicial sobre el conflicto, que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las exigencias ponderadas de la ejecución del acto en su conexión con el propio interés general

En esta línea, el auto del Supremo de 2 de noviembre de 1993, califica de provisionalísimas las medidas que adopta (comunicación telemática a la Administración de que se abstenga de adoptar medida alguna en tanto no recaiga resolución sobre la suspensión solicitada) que, evidentemente, no tienen su base en la regulación de la Ley de 1956, sino en otras normas (este caso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el auto entiende supletoria). El auto realiza una sutil distinción entre la suspensión de la eficacia del acto recurrido y la demora de su materialización, razonada por el Tribunal sobre la base de la necesidad de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Este pronunciamiento no puede hoy considerarse como doctrina extendida en sede judicial. Es más, continuaron siendo mayoría los autos en los que el Tribunal Supremo se “ceñía” a la letra de la Ley de 1.956, para interpretar la necesidad de suspender la eficacia de los actos recurridos.

Hoy, tras la redacción del artículo 135 de la ley de 1998, las medidas provisionales tienen especial relevancia cuando la naturaleza del caso lo permita.

La suspensión ha sido tradicionalmente, como hemos indicado, la única medida cautelar regulada en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, respondiendo a una necesidad actual por alejar el temor o peligro de un daño futuro, lo que hace aconsejable mantener el estado o situación que tienen las personas, cosas o derechos en el momento en que se solicita la medida, en el que no puede decidirse si el derecho esgrimido existe, y por ello si el sujeto activo lo ostenta frente al sujeto pasivo. Mientras tanto, los ciudadanos tienen derecho a que se respete su situación actual, porque han solicitado la tutela de los jueces y Tribunales, ejercitando un derecho proclamado en la Constitución (art. 24), tutela que no solamente ha de entenderse referida a una sentencia fundada que ponga fin al proceso, sino también ha de ser interpretada en el sentido de obtener una tutela cautelar, que se eleva así la condición de derecho.

III. Caracterización de las medidas cautelares

Las medidas cautelares, como es sabido, presentan una serie de caracteres que suscitan el consenso doctrinal entre los que pueden citarse las siguientes: instrumentalidad, homogeneidad, temporalidad y provisionalidad, variabilidad y jurisdiccionalidad.

La instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, recurso que ha dado lugar al proceso y al hecho de que lo que se persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir lo que el particular pretende es que las cosas vuelvan a su estado originario. Esta instrumentalidad aparece reconocida en el artículo 129 de la nueva Ley, del que se infiere que las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y asimismo se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal”

Al respecto de la homogeneidad, se puede señalar que las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden

a la función de asegurar la efectividad de la misma; lo que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho. Aquí aparece la cuestión relativa a si la medida cautelar supone un test previo de la legalidad del acto o norma; cuestión que debe rechazarse por ser contraria, dicha posibilidad, a la naturaleza jurídica de la medida cautelar. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es bien clara tal y como, por ejemplo, podemos deducir de las sentencias de 7 de noviembre de 2007 o de 18 de mayo de 2004. En esta última resolución judicial se afirma con todas claridad que si la medida cautelar anticipa el fallo sobre el fondo se desnaturaliza su función propia, suponiendo una extralimitación del contenido propio de la medida cautelar.

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

Esta provisionalidad aparece muy claramente en dos casos: las medidas “inaudita parte debitoris” del artículo 135 de la vigente ley y los supuestos de impugnación de inactividades administrativas o de actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho que el artículo 136.2 de la ley de 1998 permite solicitar antes de la interposición del recurso para evitar la producción de daños irreversibles que harían que la medida perdiese su finalidad de instarse una vez iniciado el proceso. En los casos de las medidas provisionalísimas, la clave reside en acreditar la existencia de causa objetiva de urgencia para proceder de acuerdo con este excepcional régimen. Y, en los supuestos de inactividad, ha de justificarse suficientemente que la posición jurídica de inactividad en verdad ocasiona situaciones irreversibles y contrarias al interés general.

Con la nota de la variabilidad se quiere indicar que la permanencia o modificación de la medida cautelar esta siempre condicionada al mantenimiento de los presupuestos que justificaron su adopción.

La medida cautelar podrá ser reformada, si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en

el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

Esto es lo que establece el artículo 132.1 de la nueva Ley, el cual partiendo de la cláusula “rebus sic stantibus” afirma que las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado. Como ha señalado el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, es menester, para que proceda la modificación de la medida, acreditar que se ha producido un verdadero cambio de situaciones fácticas o una situación sobrevenida a la existente al dictar la pertinente medida cautelar.

Esta manifestación de la “potestas variandi” de la Administración pública, se basa en una alteración del equilibrio de intereses en el que se fundamenta la adopción de la medida o en la propia desaparición sobrevenida de la necesidad de su existencia para garantizar la decisión final del proceso. Ahora bien, esta “potestas variandi” está sometida a las limitaciones establecidas en el artículo 132.2 de la Ley, ya que las medidas no podrán modificarse o revocarse en función de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de la cuestión litigiosa, ni tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el órgano jurisdiccional aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Estas dos excepciones pretenden evitar que la modificación de la medida pueda parecer que se trata de una pura decisión subjetiva completamente desvinculada de la aparición de nuevas circunstancias que deberán ser alegadas por las partes. En definitiva, las medidas cautelares no producen el efecto de cosa juzgada y son, por ello, modificables siempre que se produzca una variación de las circunstancias de hecho.

En cuanto a la jurisdiccionalidad, puede señalarse que está implícita en las notas anteriores puesto que significa que la adopción de la suspensión compete al órgano jurisdiccional que este conociendo el proceso principal ya que, según dispone el artículo 117.3 de la Constitución española de 1978, solo a los órganos jurisdiccionales les corresponde el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La nueva Ley, pues, pone de manifiesto el insuficiente tratamiento que las medidas cautelares recibían en la anterior regulación, regulación que fue ampliamente desbordada por la jurisprudencia y la práctica procesales, tal y como hemos señalado anteriormente

La nueva Ley actualiza la regulación anterior en cuestiones tales como el establecimiento de una regulación común a todas ellas, cualquiera que sea su naturaleza o la ampliación de los tipos de medidas posibles.

La Ley opta así por una cláusula abierta que permita adoptar en cada caso concreto la medida que sea idónea para cumplir su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que se solicita. La Ley ha seguido así el criterio del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar y no establece límites de ninguna clase ni en cuanto al tipo de medida que puede solicitarse y adoptarse ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción ni tampoco en cuanto a los efectos que estas medidas puedan tener, optando por un régimen de gran flexibilidad, con dos únicos límites en los artículos 130.2 y 133.1, a los que me referiré posteriormente.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 2003 ha señalado que “el carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la ley 29/1998 permite que puedan adoptarse cualesquiera disposiciones de orden cautelar que sean proporcionadamente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia dictada (artículo 129.1), aún cuando no se trate de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado”. Además, la referencia genérica de la Ley, sigue diciendo el Supremo, debe entenderse también como una remisión a las leyes que contemplan medidas específicas, en cuanto puedan considerarse expresión de los criterios de “periculum in mora y fumus boni iuris”

En este sentido, la innominatividad de las medidas cautelares resulta ser muy importante para el administrado, acorde con el artículo 24 de la Constitución y en consonancia con una concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cada vez menos revisor y más tendente a conocer del conjunto de pretensiones que puedan suscitarse frente a la actuación u omisión de la Administración. La jurisdicción contencioso – administrativa ha pasado de ser sólo revisora de un acto previo a centrarse en la protección jurídica de los derechos en juego, haya acto o haya omisión de la Administración pública.

Así, entre las medidas anteriormente no previstas y que ahora quedarían cubiertas con la nueva regulación, pueden citarse las condenas cautelares de hacer o no hacer, las medidas consistentes en la provisión anticipada de una deuda en caso de negativa injustificada de la Administración o la anotación preventiva de demanda sobre bienes inmuebles en materias urbanísticas.

IV. Régimen jurídico de las medidas cautelares en la nueva ley contencioso-administrativa

A. Presupuestos de las medidas

La doctrina ha señalado tradicionalmente tres elementos como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares: el “periculum in mora”, el “fumus boni iuris” y la fianza. De los tres, el único que contemplaba la legislación anterior (artículo 122 de la ley de 1956) era el “periculum in mora”, esto es, la irreversibilidad del daño que se deriva de la inmediata ejecución del acto administrativo en conjunción con el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente cautelar. El Tribunal Supremo, para la apreciación de los daños o perjuicios que ocasiona la ejecución del acto administrativo, ha recurrido tradicionalmente al criterio de la ponderación entre los intereses públicos y privados en juego, tal y como ya hemos señalado.

A este respecto, la nueva regulación (sobre todo el artículo 130 de la ley de 1998) no parte de la prevalencia del interés público, sino de la ponderación de “todos los intereses en conflicto” que se comparan a efectos de que el Juez al Tribunal decida sobre la procedencia o no de la suspensión. Es decir, la “ejecutividad del acto” no puede de tal forma alegarse en el proceso, unida a la presunción de validez “iuris tantum”, como motivo de oposición a la práctica de la medida cautelar, sino que la prevalencia de un “interés público” en colisión con otros intereses públicos o privados en conflicto debe justificarse (en el propio procedimiento incidental-cautelar) en circunstancias determinantes de su “preponderancia” y de su “grave perturbación” en el caso concreto.

Por su parte, la consideración del “fumus boni iuris” en el proceso contencioso-administrativo se ha ido introduciendo en la jurisprudencia, no sin una lógica polémica, a partir del año 1990. En virtud de la aplicación del “fumus boni iuris” es posible valorar con carácter provisional las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 inaugura en nuestro Derecho (siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto Factortame) una nueva corriente jurisprudencial sentando la siguiente doctrina fundamental para nuestro estudio:

Una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo permite descubrir cuando se lea desde esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del derecho comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos –que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano– permite hacer patente.

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo considera que para conceder la tutela cautelar el elemento que hay que analizar del “*fumus boni iuris*” es la alta dosis de razonabilidad entendida como “razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón” y de otra que existan “dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa”. Sin embargo, hay que decir que este criterio no está consolidado en la jurisprudencia y que, según en qué casos y cómo se interpreta, puede hasta constituir un test previo de legalidad que no corresponde a la justicia cautelar.

Este criterio de la apariencia de buen derecho se hallaba incluido en el artículo 124.2 del Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes. Sin embargo, la redacción final de la Ley de 1998 la omitió al optar por acoger la fórmula del artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con ello, la medida cautelar podrá adaptarse –dice el artículo 130– previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso y podrá denegarse si media perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La pérdida de finalidad del recurso ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, en relación con el recurso de amparo, en el sentido siguiente: se concede la suspensión cuando la ejecución del acto conlleve unos efectos que impidiesen la efectividad del amparo en caso de ser otorgado teniendo presente que la efectividad de la actuación no impida que las cosas pudieran ser devueltas al estado en que se hallaba antes de la ejecución.

No obstante, a pesar de la ausencia de referencias explícitas a la apariencia de buen derecho en la ley, parece que ha de considerarse que el órgano jurisdiccional, como ha establecido alguna jurisprudencia reciente, no puede abstenerse de tener presente este presupuesto, ya que no hay nada que se lo impida en la nueva regulación aunque, es claro, no es criterio determinante y su consagración en la letra de la ley podría introducir un peligroso elemento interpretativo que podría hacer perder a la medida cautelar su naturaleza

provisional. En mi opinión, como regla general, hay que estar a los criterios que establece la ley. Si en algún caso, el *fumus* es de tal magnitud o de tal evidencia, entonces motivadamente no veo mayores problemas en esgrimirlo. Pero a estos efectos hemos de tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005, ya glosada, no cita el “*fumus boni iuris*” entre las siete notas o características que a su juicio integran el sistema de la justicia cautelar establecido en la Ley de 1998. Supongo que será por alguna poderosa razón.

El Tribunal Supremo, siguiendo una línea no mayoritaria, estableció en la sentencia de 10 de noviembre de 2003 que el “*fumus boni iuris*” debe ser un criterio a ponderar por el órgano jurisdiccional. Reconoce que, en efecto, “esta doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia deducida a los meros fines de la tutela cautelar. “Este es, bien establecido, el margen interpretativo para la apreciación de la apariencia de buen derecho en el caso de que sea conveniente su utilización.

Ciertamente, el legislador de 1998 no recogió en la letra de la ley este criterio que, sin embargo, si acoge alguna jurisprudencia cuya pervivencia en esta materia, como señala la sentencia de 10 de noviembre de 2003, se deriva “de la jurisprudencia y del efecto reflejo de la ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que si alude a este criterio en el artículo 728”. A ello habría que añadir que cierta doctrina científica se ha empeñado en acuñar este criterio como uno de los más relevantes en orden a la adopción de la medida cautelar con el resultado real de todos conocido.

El Tribunal Supremo ha entendido, siguiendo la opinión que aquí se mantiene, que la doctrina del “*fumus boni iuris*” debe matizarse y utilizarse en determinados supuestos: “de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta –auto de 14 de abril de 1997– de actos dictados en ejecución, cumplimiento de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la Jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz”; (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003). Esta doctrina sobre los límites de operatividad del “*fumus boni iuris*” “debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por vez primera, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho

a la tutela judicial efectiva, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito” (Autos del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1993, de 7 de noviembre de 1995, de 26 de noviembre de 2001, de 29 de diciembre de 2002 y sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997).

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en una reciente sentencia de 13 de junio de 2007, la doctrina del “*fumus boni iuris*” “permite, en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los argumentos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la justicia cautelar”. Tal doctrina es aplicable al análisis de la solidez de los argumentos que avalan a no incidencia que pueda tener la consideración del interés general en relación con la ejecución del acto o la adopción de la medida cautelar solicitada.

Por otra parte, la medida cautelar, como ya hemos tenido ocasión de examinar, se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al “*periculum in mora*”; sin embargo, es evidente que estas mismas medidas pueden a su vez provocar perjuicios que deben ser evitados. Ahora bien, la preservación de los intereses en conflicto, exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, se opera a costa del titular que se beneficia de la medida, a través de la contracautela.

En opinión del Tribunal Supremo, el “*periculum in mora*” es “el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar, si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, no se agota en la fórmula clásica de irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales (sentencia 10 de noviembre de 2003). Éste es el fundamento último de la regulación del artículo 133 de la Ley, que parte de una consideración amplia de las medidas que pueden adoptarse al establecer que serán “las adecuadas para evitar o paliar los perjuicios”, si bien la medida típica por excelencia es la caución.

La caución impuesta al demandante pretende, dentro de una mínima prudencia judicial, compensar a la Administración de los daños que pueda

causar la inevitable incertidumbre que provoca, para ambas partes, el fallo de toda sentencia en relación con la determinación de quien se va a alzar con la razón.

A este respecto, la Ley amplía las posibilidades de constituir caución pues, frente a la regulación de 1956 que exigía su constitución “en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincias o en las de las Corporaciones locales respectivamente; o mediante aval bancario”, la nueva Ley dice que podrá constituirse “en cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, sin limitación alguna.

La caución se instrumenta como una carga procesal y “conditio iuris” de la eficacia de la propia medida cautelar ya que la medida cautelar acordada –dice el artículo 133.2 de la nueva Ley– no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos. A ello se añade la propia afección de la caución, durante un año, al abono de los daños que la práctica de la medida hubiese podido originar conforme a principios similares a los que rigen la responsabilidad extracontractual ya que –como establece el art. 133.3– “levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud en dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho se cancelará la garantía constituida”.

De esta forma, no constituye obstáculo para la adopción y práctica de cualquier clase de medida cautelar, presupuesta su necesidad para evitar la preservación del interés preponderante, la eventual causación de daños o perjuicios irreparables o de muy difícil reparación u otros intereses concurrentes en conflicto, pues éstos encontrarán su garantía en todo caso en la mayor extensión de la caución.

Antes de pasar a analizar muy someramente algunas cuestiones procedimentales, procede señalar que el criterio de la ponderación de intereses: generales y de tercero es, en la letra del artículo 130.2 de la ley, criterio rector para denegar la medida cautelar cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Este criterio de ponderación de interés es, en opinión del Tribunal Supremo, “complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la Jurisprudencia”, entre la que cita el Auto de 3 de junio de 1997 al señalar que “cuando las exigencias de ejecución que el interés

público presenta son ténues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”

B. Procedimiento

La pretensión de adopción de una medida cautelar se configura, de acuerdo con el artículo 131, como un incidente cautelar sustanciado en pieza separada y que será resuelto en un plazo breve, 15 días, precisamente porque lo que se trata de conseguir con el mismo es asegurar los efectos del proceso.

En los artículos 129 a 136 se especifican algunos aspectos concretos del régimen de las medidas cautelares. Entre estos pueden citarse los siguientes:

- Adopción en cualquier momento del proceso (artículo 129), si bien con dos excepciones: para el caso de disposiciones generales la petición habrá de efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda, y para el caso de inactividad de la Administración y vía de hecho cabe la posibilidad de solicitarlas antes de la interposición del recurso. Esta libertad de petición, siempre que no haya recaído sentencia firme, amplía de una manera plausible las posibilidades de apreciar los eventuales perjuicios que puedan derivarse a lo largo del proceso por la prematura ejecución de los actos impugnados.
- Audiencia de la parte contraria (artículo 131). Para el caso de que la misma sea una Administración Pública, la Ley trata de salvar la falta de personación de la Administración demandada estableciendo que la audiencia a la parte se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.
- Comunicación de la adopción de la medida al órgano administrativo que hubiese dictado el acto (artículo 134), el cual deberá ordenar su publicación en el diario oficial si la suspensión se refiere a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.
- La medida de suspensión es inmediatamente ejecutiva (artículo 134), siendo aplicable la regulación prevista para la ejecución de sentencias, de modo similar a como la hacía el artículo 125 de la Ley de 1956.
- Posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionalísimas (artículo 135).

Con el término medidas cautelares provisionalísimas se conoce, ya lo hemos comentado, la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, mientras se sustancia el incidente de suspensión, a fin de preservar la efectividad de la resolución que pueda recaer.

Esta posibilidad tiene su origen en dos autos bien conocidos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993. En estas resoluciones se declara la aplicación supletoria de las medidas cautelares atípicas o innominadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la disposición adicional sexta de la Ley de 1956 y se concluye en la posibilidad de acordar la medida de suspensión con carácter provisionalísimo, incluso “inaudita parte”, cuando su eficacia así lo exija, entre tanto se tramite y resuelva sobre la medida cautelar definitiva en la correspondiente pieza de suspensión. Los presupuestos a los que ha de atenderse el Tribunal para acordar la suspensión, según el Tribunal Supremo, son los propios de la suspensión ordinaria; es decir, la ponderación de intereses, la apariencia de buen derecho, la nulidad del acto, la irresponsabilidad de los perjuicios, el quebranto para los bienes públicos ... etc. Estas excepciones al principio contradictorio ya se recogen en el derecho comunitario (artículos 83 y 84 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1991) y pueden encontrar su fundamento en la tutela judicial efectiva que exige la propia efectividad o utilidad del procedimiento cautelar.

Los rasgos más destacados de esta medida son los siguientes:

- La posibilidad de adoptar la medida “inaudita parte”, si bien se reconoce un cierto carácter contradictorio a la adopción de las medidas instaurándose la audiencia de parte afectada en el breve plazo de tres días, atemperando así un tanto la inicial formulación jurisprudencial.
- Se prevé, asimismo, la posibilidad de modificación o levantamiento de las medidas provisionalísimas ya que no ha de olvidarse el carácter accesorio e interdependiente de estas medidas, determinante de la confirmación o en su caso revocación o modificación de las mismas; así, se levantarán las medidas si no se adoptó acuerdo de suspensión o de práctica de otra medida cautelar, se modificarán para adaptarlas a la propia intensidad de la medida cautelar adoptada, conforme a los principios de congruencia o proporcionalidad, o se confirmarán en el propio auto que ponga fin al incidente.

C. Supuestos especiales

Por las especiales características de la actuación administrativa, la Ley ha distinguido una serie de especialidades en varios supuestos:

1. Impugnación de una disposición general

En este caso, si los interesados quieren solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados habrán de hacerlo en el escrito de interposición o en el de demanda. Lo que se persigue con esta actuación es evitar la consolidación de situaciones firmes e irreversibles durante el tiempo de litispendencia del proceso dirigido a obtener la declaración de nulidad de la disposición general ya que ello podría conllevar limitaciones para el fallo.

De todo lo anterior se deduce que el Tribunal competente para adoptar la medida es el que lo sea para conocer del recurso directo o de la cuestión de ilegalidad puesto que solo a través de estos dos procedimientos puede atacarse la vigencia de los preceptos de una disposición general.

2. Actos de contenido negativo

En relación a los actos de contenido negativo, la solución que tradicionalmente ha venido ofreciendo el Tribunal Supremo ha sido su denegación.

Del análisis de la jurisprudencia se deduce que solamente se otorga la suspensión en los supuestos en los que un determinado acto suponga la clausura de una actividad industrial o un negocio en los que se podrían producir perjuicios o daños de imposible o difícil reparación. En todos los demás casos, el alto Tribunal estima que resulta improcedente la suspensión de actos administrativos de contenido negativo puesto que, en caso contrario, por vía cautelar se produciría el otorgamiento de lo pedido en vía administrativa lo que no se ajusta a la naturaleza de la suspensión solicitada para mantener la situación anterior al acto impugnado y no para crear una situación jurídica nueva por esta vía.

No obstante esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha acordado en algunas ocasiones (autos de 21 de marzo de 1991 y 29 de marzo de 1993) la imposición a la administración de una determinada conducta, como medida cautelar durante el proceso de impugnación de un acto administrativo negatorio.

Con la nueva regulación, que admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares en los casos de actos, disposiciones, inactividad de la Administración y vía de hecho y amplía las medidas a adoptar a otros supuestos distintos de la suspensión parece que hay que estimar la inexistencia de limitación alguna derivada de la naturaleza de la actuación que motiva el proceso.

3. Inactividad de la Administración y vía de hecho

Para estos supuestos el artículo 136 de la Ley establece una presunción favorable a la adopción de la medida cautelar; presunción que sólo puede destruirse mediante la acreditación de la situación o perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Además, el apartado 2 de este mismo artículo, reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad a la iniciación del proceso sometidas a la condición de petición de notificación por el interesado al interponer el recurso, interposición que deberá realizarse en el plazo de diez días desde la adopción de las medidas cautelares.

4. Actos que afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas

La Ley regula en el Capítulo I del Título V (art. 144 a 122) el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, en desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución.

A los efectos que ahora interesan, lo más destacable es la supresión de la suspensión prevista en el ya derogado artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Este precepto establecía la suspensión del acto impugnado salvo que se justificara la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Sin embargo, pese a la dicción literal del precepto, la jurisprudencia terminó exigiendo los requisitos ordinarios para adoptar la medida cautelar de suspensión. En cualquier caso, juzgo un desacierto la aplicación a estos supuestos del régimen general de las medidas cautelares de la Ley de 1998.

Así, en este aspecto concreto, la Ley recoge una práctica jurisprudencial ya consolidada y no hace mención alguna en la regulación de este procedimiento a medidas cautelares específicas por lo que se aplicará el régimen general. En este sentido, el legislador parece considerar que la brevedad de los plazos de este procedimiento especial hace que no sea necesario establecer regulaciones específicas en materia de medidas cautelares.

5. El caso especial de la suspensión de acuerdos de corporaciones o entidades públicas

Al amparo del artículo 111 de la ley 30/1992, todo acto administrativo puede ver suspendida su ejecutividad al ser impugnado en vía administrativa. Estas resoluciones son de carácter administrativo y no están relacionadas con la suspensión cautelar acordada en vía jurisdiccional y regulada en los artículos 129 y siguientes de la Ley.

De este mismo carácter administrativo participa la suspensión previa de acuerdo de Corporaciones o Entidades públicas prevista en el artículo 127 de la Ley. Esta medida ya estaba contenida en nuestro ordenamiento (artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local) y, la nueva Ley la recoge extendiendo su aplicación no solo a las entidades locales sino también a los actos y acuerdos de cualquier entidad pública siempre que dicha posibilidad esté expresamente prevista por las leyes.

V. Reflexión conclusiva

La exposición de motivos de la Ley actual destaca, como hemos señalado, la atención que la norma presta a las medidas cautelares ampliando su tipología anteriormente limitada únicamente a la suspensión. Por ello, la Ley parte de una regulación análoga a todas las medidas cautelares con independencia de cual sea su naturaleza con el criterio de adopción de que la ejecución del acto a la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad al recurso, pero siempre sobre la base de la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Por ello, como señala la exposición de motivos, la suspensión ya no puede ser la única medida cautelar posible por lo que es el Juez o Tribunal el que debe valorar la adopción de las que, según las circunstancias, fuesen necesarias.

Como corolario de todo lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que el texto de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es un serio intento de encontrar un equilibrio –siempre dinámico entre la ejecutividad de la actuación administrativa y el respecto a los derechos de los ciudadanos. Para ello, se pone en manos de los jueces un instrumento –la aplicación de medidas cautelares– enmarcado en sus propias facultades para paralizar cautelarmente la actuación administrativa en función de la ponderación de los intereses –todos ellos, públicos y privados– en presencia.

En mi país, España, la incidencia de la Constitución sobre el entero sistema de Derecho Administrativo ha traído consigo la necesidad de reinterpretar tantas instituciones, categorías y conceptos que bien se puede decir que el

nuevo Derecho Administrativo Español debe ser construido desde la luz constitucional y en el marco de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, posición metodológica que nos lleva a superar “aprioris” o “prejuicios” sin sentido y a colocar, con valentía y decisión, a la persona en el centro de este nuevo edificio jurídico.

AUTORIDADES SECTORIALES (INDEPENDIENTES) EN TELECOMUNICACIONES: EXPERIENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA EUROPEA

José Carlos Laguna de Paz

I. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: Naturaleza, organización y funciones

1. Uno de los temas recurrentes en materia de regulación económica es la conveniencia de que la supervisión se encomiende a *Administraciones independientes* (ahora, también llamadas “autoridades reguladoras”)¹. En algunos casos, estas entidades asumen también la competencia para el otorgamiento de títulos habilitantes y derechos de uso, así como para el ejercicio de potestades de investigación y sancionadoras. La aspiración es que estas funciones se lleven a cabo de manera técnica y neutral, con distancia respecto a los concretos intereses gubernamentales, que podrían orientar en uno u otro sentido la inevitable discrecionalidad técnica que anida en la regulación sectorial.

No todas estas entidades gozan del mismo nivel de protección, sino que existe una gradación entre ellas. (i) No obstante, en general, su asepsia política trata de alcanzarse reforzando la legitimidad de origen de sus miembros. Esto se consigue exigiendo perfiles profesionales indiscutibles, que –con frecuencia– deben ser aireados y contrastados por las correspondientes comisiones parlamentarias. En otros casos, sus miembros no son nombrados por el Gobierno, sino por amplias mayorías parlamentarias, por una acción combinada de los principales Poderes públicos o por las fuerzas sociales más representativas. (ii) Al mismo tiempo, se refuerza su capacidad de actuación, dotándoles de un estatus “blindado” (causas tasadas de destitución, mandatos superiores a los períodos legislativos, etc.).

2. Sensible a esta influencia, el legislador español erigió la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (CMT)², como organismo público independiente³, dotado de personalidad jurídica propia y adscrito al Ministerio

¹ MAGIDE HERRERO, M.: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

² Creada por el Real Decreto-ley 6/1996, de 7.6, de liberalización de las telecomunicaciones.

³ El régimen jurídico de las Administraciones dotadas de “independencia funcional o de especial autonomía” se prevé en la disposición adicional 10ª LOFAGE.

[de Ciencia y Tecnología] [art. 48.1 de la Ley 32/2003, de 3.11, General de Telecomunicaciones (LGTel)]⁴. En el ejercicio de las funciones públicas que tiene atribuidas, la CMT se rige por el Derecho Administrativo, lo que tiene la consecuencia natural de que sus actos y disposiciones son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 48.17 LGTel). Su personal se vincula por una relación de carácter laboral (art. 48.1 LGTel).

3. La CMT no está, pues, bajo la dependencia jerárquica de la Administración gubernativa, sino que se beneficia de un régimen de especial autonomía o de independencia funcional (disposición adicional 10ª LOFAGE). Con todo –como hemos avanzado–, este objetivo no se consigue solo con su mera proclamación formal en las normas, sino que es preciso asegurarlo con medidas que protejan a sus directivos de cualquier influencia. A este respecto, *las garantías de independencia funcional de la CMT son limitadas*. (i) La Comisión se rige por un Consejo, al que se atribuye el ejercicio de todas las funciones que tiene encomendadas (art. 48.4 LGTel). El Consejo estará compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y siete consejeros, que serán nombrados por el Gobierno, entre personas de reconocida competencia profesional, previa comparecencia ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados (art. 48.5 LGTel). (ii) Los miembros del Consejo se renuevan cada seis años, siendo posible una sola reelección (art. 48.7 LGTel). (iii) La principal garantía se encuentra en el establecimiento de causas tasadas para el cese de los miembros del Consejo, que solo podrán ser apartados del cargo: por renuncia; expiración de su mandato; o por separación acordada por el Gobierno, por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incumplimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso o incompatibilidad sobrevenida (art. 48.8 LGTel).

4. Las *competencias* en el sector se reparten entre la Administración General del Estado –incluidos sus organismos funcionalmente descentralizados [*Agencia Estatal de Radiocomunicaciones* (AER)]⁵– y la CMT (art. 46 LGTel). No obstante, *el ordenamiento jurídico asigna a la CMT atribuciones esenciales* (art. 48.2 LGTel), entre las que cabe destacar las siguientes (art. 48.3 LGTel): (i) control del acceso al mercado, mediante la fiscalización de las comunicaciones previas que los interesados en la explotación de redes o prestación de servicios han de dirigirle (art. 6.2 y 3 LGTel), seguida de la correspondiente inscripción en el registro de operadores (art. 7 LGTel); (ii) asignación de numeración y control de su correcta utilización; (iii) definición y análisis de la situación competitiva de los mercados y, en su caso, imposición de obligaciones especiales

⁴ LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 2ª edic., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 196-197.

⁵ La AER se configura como un Organismo autónomo [art. 43.1.a) LOFAGE], que carece –por tanto– de la independencia funcional y especial autonomía de que goza la CMT.

(*ex ante*) (art. 10 LGTel); (iv) contribución a la determinación del coste neto del servicio universal, así como a la fijación de la obligación de financiación; (v) adopción de medidas para garantizar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso e interconexión de las redes, la política de precios y comercialización de servicios; (vi) resolución de conflictos entre operadores en determinadas materias (acceso e interconexión, guías telefónicas, financiación del servicio universal, uso compartido de infraestructuras); (vii) informe preceptivo en procedimientos de concentración empresarial; (viii) ejercicio de la potestad inspectora y sancionadora en ciertas materias [arts. 50.3 y 58.a) LGTel]; (ix) función consultiva en asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones; (x) función arbitral (voluntaria) en conflictos entre operadores.

II. Autoridades sectoriales (independientes): ventajas e inconvenientes

5. El fenómeno de las *Administraciones independientes* es conocido en Europa desde hace décadas. No obstante, en los últimos años, estos organismos se han puesto de moda, lo que ha favorecido su expansión. Esto se debe a tres razones: (i) la influencia anglosajona, que se deja sentir con fuerza en el ámbito de la regulación económica; (ii) la exigencia derivada del Derecho comunitario europeo de separación entre las funciones de regulación y gestión; (iii) la existencia de una corriente doctrinal que favorece esta nueva forma de administrar, en el marco de la “modernización” del Derecho Administrativo, que –según se dice– ha de adaptarse a los nuevos tiempos. El empuje combinado de estas fuerzas explica que los ordenamientos jurídicos nacionales se hayan ido poblando de estas entidades.

6. En materia organizativa, las soluciones técnicas hay que juzgarlas por sus resultados. Con sus limitaciones, las Administraciones independientes pueden contribuir a una más eficaz satisfacción del interés general, en ámbitos que requieren ser protegidos de la influencia gubernamental directa o que precisan de una particular especialización técnica. Así, es indudable que estas entidades comportan algunas *ventajas*: (i) en uno u otro grado, consiguen una mayor distancia (que no completa desvinculación) de la influencia gubernamental; (ii) sus órganos directivos se nutren de expertos en la materia; (iii) su mayor autonomía organizativa les permite reclutar a un personal muy cualificado, acorde con la capacitación técnica que requiere la mayor parte de sus decisiones.

7. No obstante –a la hora de valorarlas en sus justos términos–, es también preciso tener en cuenta una serie de consideraciones, que nos hacen poner los pies en la tierra⁶:

⁶ LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Televisión y competencia*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 145 y sigs.

1) Este tipo de entidades no vienen impuestas por el Derecho comunitario, que solo exige la separación entre las funciones de regulación y gestión. La razón de esta limitación está en tratar de establecer garantías, que eviten que las autoridades públicas favorezcan a los propios operadores, en detrimento de sus competidores. No obstante, no puede olvidarse que los puntos de colisión son cada vez menores, o incluso, han desaparecido en muchos sectores. La política de privatización ha significado el repliegue del Estado a sus funciones de regulación. Por otra parte, la presencia de empresas públicas en el sector solo requiere que se adopten garantías de separación funcional –y, quizá también, organizativa–, pero no necesariamente conduce a la creación de autoridades independientes. No hay que olvidar tampoco que los mecanismos que tiene el Estado para favorecer a sus propias empresas son tan efectivos, como difusos, lo que hace que fácilmente escapen del control de las correspondientes autoridades sectoriales.

2) Las agencias o comisiones independientes encuentran su marco natural en el modelo administrativo abierto propio del mundo anglosajón. En cambio, la Administración pública (continental) se caracteriza precisamente por su profesionalidad, especialización y su finalización al servicio objetivo de los intereses generales (art. 103.1 CE), con imparcialidad e independencia. La existencia de una función pública profesionalizada constituye un verdadero pilar en la vertebración institucional del Estado. No solo es garantía de continuidad en la prestación de los servicios públicos –que no pueden pararse, ni reinventarse con cada proceso electoral (*spoils system*)–, sino que contribuye también a frenar los posibles excesos de los políticos que estrenan el cargo, siempre tentados a cabalgar a lomos del tigre del poder. Las ventajas del sistema –de hecho– han acabado también siendo ampliamente reconocidas por los países anglosajones, cuyos presupuestos ideológicos liberales les hicieron más reacios a aceptar un funcionariado permanente⁷.

3) La legitimidad constitucional de estas entidades es objeto de permanente discusión. En la práctica, no resulta fácil delimitar funciones enteramente “neutrales”, que no comporten uno u otro grado de *indirizzo*. En relación con el gobierno de los asuntos públicos, ni existe una plena asepsia técnica o científica, ni tampoco un orden axiológico completo, que todos compartan en toda su extensión y jerarquía. Más allá de unos principios generales –en los que la mayoría estará de acuerdo–, de inmediato, se destapará la discrepancia acerca de la oportunidad de la concreta actuación, cuya valoración depende, no sólo de la propia comprensión de la realidad, sino también de intereses concretos, de los que resulta muy difícil distanciarse enteramente. Además, no es infrecuente que estas entidades, una vez constituidas, se sientan llamadas a

⁷ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo*, vol. II, 20ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 359 y sigs.

desarrollar una política propia. Con ello, se camina en el filo de su legitimidad constitucional, ya que –más allá de las excepciones expresamente previstas en la Constitución– es al Gobierno a quien corresponde la dirección de la función ejecutiva (art. 97 CE) y la responsabilidad de su ejercicio, siempre difuminada cuando intervienen estas entidades.

4) La experiencia demuestra que las garantías técnico-jurídicas que la legislación construye para garantizar la independencia de estas entidades –aunque admiten grados–, tienen una virtualidad relativa. Al final, la clave para su eficaz funcionamiento radica en algo tan difícil de construir y quebradizo como su prestigio institucional. A la larga, sólo eso puede mantenerles a resguardo de cualquier intromisión política o de intereses particulares (captura del regulador). Sin embargo –como decimos–, esto no es algo que pueda conseguirse con el mandato imperativo de una norma, sino que requiere de una cultura institucional, que no crece por igual en todas las latitudes.

III. Reforma institucional europea en comunicaciones electrónicas: razones para su discusión

8. El modelo europeo descansa sobre la aplicación descentralizada de la normativa comunitaria. *Solo como excepción, las autoridades europeas asumen la aplicación directa de las normas*, como ocurre –por ejemplo– en materia de competencia. En algún caso, la trascendencia de la función a desarrollar justifica la previsión de autoridades sectoriales europeas en el propio Tratado, como sucede en el sector financiero, con la creación del *Banco Central Europeo* (art. 8 TCE y Protocolo nº 18). Con todo, la regla es –como decimos–, que la regulación europea sectorial se detiene en el establecimiento de normas y principios, que no solo han de ser desarrolladas, sino también aplicadas por los Estados miembros.

9. *Este modelo comporta el riesgo de la falta de aplicación uniforme de la normativa europea.* Con el propósito de paliar este problema, la regulación sectorial suele incorporar *mecanismos de coordinación, cooperación o información*, que tratan de asegurar la coherencia a nivel comunitario en la aplicación de la normativa.

10. La legislación de comunicaciones electrónicas constituye un buen ejemplo a este respecto. De entrada, se impone a las autoridades nacionales el deber de *tomar en cuenta –en la mayor medida posible– las directrices de las autoridades comunitarias* (art. 15.3 DMarco y art. 10.1 LGTel)⁸. En concreto,

⁸ Las medidas adoptadas por la ANR de acuerdo con el art. 10 LGTel se someterán al mecanismo de consulta establecido en el art. 7 DMarco y a las normas que lo desarrollen.

la Comisión ha adoptado una Recomendación sobre los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante* (art. 15.1 DMarco), así como unas Directrices de análisis del mercado y evaluación del peso significativo de las empresas, en consonancia con los principios del Derecho de la Competencia (art. 15.2 DMarco)⁹. Los Estados podrán identificar mercados distintos de los enumerados en la Recomendación, pero para ello deberán seguir el procedimiento previsto en los arts. 6 y 7 DMarco (art. 15.3 DMarco)¹⁰.

Además –como garantía adicional–, se establece un *procedimiento de comunicación*. (i) En el ejercicio de sus funciones, las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) deben tener en cuenta los objetivos y principios generales sobre los que se basa la normativa europea (art. 7.1 DMarco) y mantener una actitud cooperativa con la Comisión y las demás autoridades nacionales, con el objeto de garantizar su aplicación uniforme a nivel europeo (art. 7.2 DMarco). (ii) Con carácter previo a su adopción, las ANR informarán, motivarán y pondrán a disposición de la Comisión y de las demás autoridades nacionales el proyecto de medida de que se trate (siempre que pueda tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros), a efectos de que éstas –en el plazo de un mes– puedan presentar sus observaciones (art. 7.3 DMarco)¹¹. (iii) La Comisión podrá indicar a la ANR que considera que el proyecto de medida (de delimitación del mercado o identificación de empresas con PSM) puede obstaculizar el mercado interior o alberga serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el Derecho comunitario (art. 7.4 DMarco). En este caso, la medida no podrá adoptarse hasta que transcurran otros dos meses, plazo en el que la Comisión podrá tomar una decisión instando a la ANR a que retire el proyecto y proponiendo las medidas a adoptar¹². (iv) En

⁹ DO C 165, de 11.7.2002, págs. 6 y sigs.

¹⁰ De hecho, la Comisión apunta que la tarea de las autoridades nacionales normalmente consistirá en definir el alcance geográfico del mercado (Directrices, núm. 36). Esto será un factor importante que considerará la Comisión en la evaluación de la legalidad y proporcionalidad de las decisiones propuestas por las autoridades nacionales, teniendo en cuenta los objetivos políticos establecidos en el art. 8 DMarco (Directrices, núm. 8).

¹¹ ATPI de 12.12.2007, asunto T-109/06, *Vodafone*: procedimiento de consulta de la Comisión Europea en el marco de la definición de los mercados susceptibles de regulación *ex ante* (art. 7.3 DMarco): (i) el escrito de observaciones que dirige la Comisión a la ANR no es un acto comunitario que produzca efectos vinculantes (no declara expresamente la compatibilidad de la medida propuesta) y, en consecuencia, no es susceptible de recurso directo ante los órganos jurisdiccionales europeos (art. 230 TCE): la delimitación del mercado y propuesta de medidas a adoptar es un acto imputable a la ANR, que debe ser recurrido ante los órganos nacionales; (ii) la falta de ejercicio por parte de la Comisión de su derecho de veto respecto de la medida propuesta por la ANR (art. 7.4 DMarco) tampoco entraña un acto comunitario que produzca efectos vinculantes, que sea susceptible de recurso ante los órganos jurisdiccionales comunitarios; (iii) el recurrente también carece de legitimación activa, por falta de afectación directa (art. 230, párrafo 4º, TCE).

¹² A fecha de julio de 2007, la Comisión había adoptado 5 decisiones vetando las medidas estatales propuestas, mientras que en otros 29 casos las ANR retiraron las medidas propuestas, con el fin de evitar el veto de la Comisión. MEMO/07/291, DE 12.7.2007.

circunstancias excepcionales, cuando la ANR considere que es urgente actuar —con objeto de proteger la competencia y los intereses de los usuarios—, podrá adoptar inmediatamente medidas proporcionadas y adecuadas (art. 7.6 DMarco). Dichas medidas deberán ser comunicadas lo antes a la Comisión y a las restantes ANR. Si la ANR desea hacerlas permanentes dichas medidas, deberá utilizar el procedimiento previsto en el art. 7.3 y 4 TCE.

11. Los procedimientos de coordinación y cooperación tienen sus límites. En la práctica, estos mecanismos no consiguen evitar que —en la aplicación de la normativa vigente— *las autoridades nacionales sigan contando con un apreciable margen de discrecionalidad técnica*. Esto significa que —incluso en los sectores más armonizados, como puede ser el caso de las comunicaciones electrónicas—, las autoridades nacionales pueden recetar remedios dispares para situaciones semejantes. Con ello, se dificulta la integración económica y el mercado interior. De ahí que —*desde algunas posiciones— se sostenga la conveniencia de crear nuevas autoridades sectoriales europeas, con poderes decisorios*.

12. La creación de una autoridad sectorial europea puede hacerse en base al *art. 95 TCE*, que habilita al Consejo para adoptar medidas para la *aproximación de las legislaciones nacionales*, siempre que tengan por objeto mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior¹³.

A este respecto, se reconoce al legislador comunitario un margen de apreciación para la elección de la técnica de aproximación más adecuada¹⁴. Las medidas adoptadas no tienen por qué limitarse a los Estados miembros, sino que —con el debido respeto a los principios de subsidiariedad (art. 5, párrafo 2º, TCE) y proporcionalidad—, en caso necesario, pueden traducirse en la creación de un organismo comunitario encargado de contribuir a alcanzar la armonización. Así, “nada en la redacción del artículo 95 CE permite concluir que las medidas adoptadas por el legislador comunitario sobre la base de esta disposición deban limitarse, en lo que se refiere a sus destinatarios, exclusivamente a los Estados miembros. En efecto, puede resultar necesario, de acuerdo con una valoración efectuada por dicho legislador, instituir un organismo comunitario encargado de contribuir a alcanzar una armonización en situaciones en las que, para facilitar la ejecución y aplicación uniformes de actos basados en dicha disposición, se considera que es adecuado adoptar medidas no vinculantes de acompañamiento y encuadramiento”¹⁵. En concreto, se trataba de la creación

¹³ STJCE de 6.12.2005, *Reino Unido/Parlamento y Consejo*, asunto C66/04, Rec. p. I0000, marginal 44.

¹⁴ STJCE de 6.12.2005, *Reino Unido/Parlamento y Consejo*, asunto C66/04, Rec. p. I0000, marginal 45.

¹⁵ STJCE de 2.5.2006, *Reino Unido v. PE y Consejo*, asunto C-217/04, marginal 44.

de la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, a través del Reglamento (CE) n° 460/2004.

Ahora bien, “las misiones confiadas a dicho organismo deben estar estrechamente ligadas a las materias que son objeto de actos de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros. Así ocurre, en particular, cuando el organismo comunitario creado presta a las autoridades nacionales, o a los operadores, una asistencia que tiene repercusión sobre la puesta en práctica homogénea de los instrumentos de armonización y que puede facilitar su aplicación”¹⁶. Además, el Tribunal justifica que –en el caso de las comunicaciones electrónicas– el “legislador comunitario se encontró ante una materia que aplica tecnologías no solamente complejas sino también en rápida mutación, de lo que concluyó que era previsible que la incorporación y la aplicación de la Directiva marco y de las Directivas particulares diesen lugar a divergencias entre los Estados miembros” (marginal 61). “En esa situación, el legislador comunitario estimó que la creación de un organismo comunitario como la Agencia era un medio adecuado para prevenir la aparición de disparidades que pudieran originar obstáculos al correcto funcionamiento del mercado interior en la materia” (marginal 62).

13. Con todo, no puede desconocerse que la propuesta de creación de autoridades europeas sectoriales, en general, suscita no pocas reacciones contrarias. La resistencia se produce no solo frente al incremento del aparato burocrático, sino también frente a la transferencia de nuevas competencias a la Administración comunitaria. A este respecto, enseguida se oponen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. De ahí que –en el complejo entramado de poder que constituye la Unión Europea–, las medidas que no cuenten con un impulso político muy sólido, suelen degradarse en estructuras de cooperación intergubernamental, más o menos reforzadas.

IV. Propuesta de creación de una autoridad sectorial europea en el sector de las comunicaciones electrónicas

14. A finales de 2007, la Comisión Europea presentó una propuesta de Reglamento del PE y del Consejo, por el que se establece una *Autoridad Europea en los Mercados de Comunicaciones Electrónicas*¹⁷. La iniciativa partía de la constatación de que el mercado interior de comunicaciones electrónicas dista de ser efectivo. En concreto –en su análisis–, la Comisión identifica los tres siguientes problemas¹⁸:

¹⁶ *Ibidem*, marginal 45.

¹⁷ Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo, por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas, 13.11.2007, COM(2007) 699 final.

¹⁸ SEC(2007) 1472, pág. 85.

1) *Inadecuada aplicación por las ANR de las soluciones normativas.* La Comisión reconoce que se ha avanzado en la aplicación uniforme del análisis de mercados, así como en la identificación de empresas con poder significativo de mercado (PSM)¹⁹. En cambio, destaca que –con frecuencia– las ANR imponen remedios distintos a situaciones similares. Ello crea condiciones de acceso discriminatorias y distorsiona las condiciones de competencia. Los más afectados son los prestadores de servicios de ámbito supranacional y, en particular, los nuevos entrantes en el mercado. Estas disparidades también se reflejan en diferentes niveles de accesibilidad y precios en los servicios en los distintos países de la Unión Europea.

2) *Conveniencia de aplicar un enfoque común para los servicios de ámbito potencialmente paneuropeo o con una dimensión transfronteriza*²⁰. En algunos casos, el régimen de obtención de licencias para la prestación de servicios de ámbito paneuropeo se encuentra parcialmente armonizado (servicios móviles por satélite). En cambio, en otros casos, no existe armonización comunitaria (uso de frecuencias o números). Esto obliga a los operadores de servicios a someterse a múltiples procedimientos nacionales de selección y adjudicación. Además, las condiciones que se aplican a las empresas podrán variar de unos países a otros. Más aún –si el uso de las frecuencias para un determinado tipo de servicios no está armonizado–, puede ser muy difícil que un operador obtenga la frecuencia necesaria en todos los países, lo que le impediría lanzar un servicio a nivel europeo.

3) *Disparidades resultantes de la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales frente a las decisiones de las ANR*²¹. En concreto, los aspectos más problemáticos son los tres siguientes: (i) la duración de los recursos judiciales; (ii) los criterios de suspensión judicial de las decisiones de las ANR, que –en algunos países– se acuerdan casi automáticamente, mientras que, en otros, se establecen estándares muy difíciles de cumplir; (iii) los criterios de control judicial varían de unos Estados a otros, lo que puede conducir a una “cultura de litigiosidad”, que paralizaría (temporalmente) las decisiones de las autoridades nacionales.

15. A la vista de los problemas descritos, la Comisión Europea consideró *tres posibles modelos*: (1) establecimiento de una autoridad europea con poderes decisorios sobre determinadas materias (análisis de mercados, imposición de obligaciones singulares y gestión del espectro radioeléctrico); (2) creación de una autoridad europea con funciones consultivas y de asistencia técnica, que asistiría a una Comisión que vería reforzados sus poderes en determinados

¹⁹ SEC(2007) 1472, págs. 66-69.

²⁰ SEC(2007) 1472, págs. 69-71.

²¹ SEC(2007) 1472, págs. 71-72.

ámbitos²²; (3) incremento de la cooperación y coordinación entre los Estados miembros, sin crear una autoridad europea sectorial²³.

La Comisión se decantó por la *opción 2*, que consideraba que se adaptaba mejor al marco jurídico e institucional en vigor²⁴. Al mismo tiempo, la propuesta se acompañaba de *un reforzamiento de los poderes de la Comisión* en los siguientes ámbitos: (i) consolidación del mercado interior y aplicación uniforme de la normativa europea (control de los remedios propuestos por las ANR, derecho de veto respecto de proyectos de medidas); (ii) armonización de los títulos habilitantes, procedimientos y régimen jurídico aplicable a los derechos de uso de radiofrecuencias y numeración (definición de mercados transnacionales, principios de tarificación para números concretos, coordinación o armonización del uso del espectro); (iii) establecimiento de criterios para la suspensión cautelar por los órganos jurisdiccionales nacionales de las resoluciones de las ANR, así como imposición a los Estados del deber de recoger información y ponerla a disposición de la Comisión sobre los recursos presentados.

16. Como cabía esperar, las propuestas de la Comisión Europea encontraron una *fuerte oposición por parte de las autoridades sectoriales nacionales* (ERG), razonando que la propuesta altera el actual equilibrio de poderes, en detrimento de los Estados miembros. Como alternativa, defienden la consolidación institucional del ERG, que habría de actuar conforme a la regla de la mayoría (cualificada).

Por su parte –en el procedimiento de codecisión–, el *Parlamento Europeo*, en primera lectura (24.9.2008), aprobó 164 enmiendas al proyecto presentado por la Comisión, que suponen una modificación sustancial del texto inicial. Como alternativa, se ofrece un nuevo modelo de organismo, que se denominaría “*Body of European Regulators in Telecommunications*” (BERT). Se trata de un organismo construido sobre la base del ERG, de carácter consultivo y con vocación de actuación independiente de los Estados miembros. Su órgano directivo principal (*Board of Regulators*) estaría integrado por representantes de las ANR. Como característica más destacada, se incorpora la regla de la mayoría cualificada para la adopción de decisiones.

A la vista de todo ello, la Comisión ha tenido que reformular ampliamente su propuesta²⁵. El resultado es que –casi dos años después de la propuesta de

²² SEC(2007) 1472, págs. 79-82.

²³ SEC(2007) 1472, págs. 82-83.

²⁴ SEC (2007) 1472, págs. 85-86.

²⁵ Propuesta modificada de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas (presentada por la Comisión con arreglo al art. 250.2 TCE) (COM/2008/0720 final - COD 2007/0249).

Reglamento—, los actores del proceso legislativo europeo siguen buscando el necesario consenso.

17. En resumen, la experiencia europea permite subrayar la *singular relevancia que tienen las autoridades sectoriales en la aplicación de una normativa tan compleja como la de telecomunicaciones, que –inevitablemente– les confiere una enorme discrecionalidad técnica*. De ahí que el adecuado funcionamiento del sector no solo precise de buenas normas, sino también de excelentes aplicadores.

LAS POTESTADES DE INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Miguel Ángel Sendín García

I. La liberalización de las telecomunicaciones: el marco jurídico de creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Ha sido, sin duda, el sector de las comunicaciones electrónicas el ámbito donde los procesos de liberalización han calado con una mayor profundidad y desarrollo, siendo, con mucho, el ejemplo más perfecto y acabado de mercado regulado.

Este proceso se ha implementado, en realidad, en un periodo de tiempo extremadamente breve, de hecho hasta los años ochenta no existía en la regulación de las telecomunicaciones una dimensión comunitaria, quedando esta materia bajo la autoridad de los Estados Miembros¹, que articularon un conjunto de monopolios estatales que impedían la creación de un mercado a escala comunitaria.

El resultado fue un sistema en que la determinación de las características y variedad de los servicios y equipos terminales, así como las tarifas, eran el resultado de una decisión pública²; y, por lo tanto, eran actividades que se desarrollaban, en líneas generales, al margen de las reglas de mercado. Situación que, como señala GERADIN, llevó a esta actividad económica a un estado de esclerosis, a pesar de tener un carácter esencial para la economía europea³.

¹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado II*. Civitas, 1997, págs. 49-50. CARLÓN RUIZ, M.: *Régimen jurídico de las telecomunicaciones*, La ley, Madrid, 2000, págs. 79-87. MALARET GARCÍA, E.: "Servicios públicos y Unión Europea: los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones, la reducción del ámbito del monopolio paso previo a su desaparición", en *Régimen jurídico de los servicios públicos*. CGPJ. Madrid, 1998, págs. 118-120.

² ARROYO FERNÁNDEZ, M. J., en *Políticas comunitarias II*. Coordinador: J. Uxó. Piramide. Madrid, 2002, pág. 19.

³ GERADIN, D.: "L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau-analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation", en *Cahiers de Droit Européen 1999 n° 1-2*, pág. 14.

No obstante, la existencia de los monopolios nacionales encontraba justificación en la existencia de economías de escala, que convertían esta actividad en un monopolio natural, así como en la necesidad de asegurar el acceso de todos a los servicios de telecomunicaciones⁴. Si bien, en realidad, no es ésta una característica específica de las telecomunicaciones, sino de todos los servicios de red.

Sin embargo, en poco tiempo se va a consolidar una auténtica política comunitaria en este campo, dando lugar a un laborioso y complejo proceso de liberalización, que da su primer paso decisivo con la sentencia *British Telecommunications*⁵, de la que se dijo que “debe considerarse como una pieza clave para la futura interpretación del Tratado en relación con las telecomunicaciones”⁶.

A *British Telecommunications* se le había concedido por el Reino Unido, en monopolio legal, la gestión de los sistemas de telecomunicaciones, dotándola para el ejercicio de esa misión de un poder normativo de carácter reglamentario, del cual hace uso dictando dos reglamentos que tratan de evitar que determinadas empresas, que ofrecían al público un servicio nuevo con dos grandes ventajas, precios particularmente bajos y rapidez de transmisión, puedan seguir operando a esos precios. La Comisión considera que estas normas infringen el antiguo art. 86. La cuestión acaba llegando al TJCE al interponer el Gobierno Italiano un recurso de anulación contra esta decisión de la Comisión. Los argumentos que entran en juego son los siguientes:

1. Se está produciendo la violación de determinadas normas internacionales que prohibían posibles actuaciones fraudulentas de este tipo de empresas. Este argumento no es aceptado por el TJCE, pues no se trata de actividades fraudulentas, sino como indica el Abogado General DARMON de la óptima utilización de tecnología punta.

2. *British Telecommunications* estaba, en opinión del Gobierno Italiano, actuando en ejercicio de un poder público, pues no ejercía una actividad de empresa realizada por los medios y las formas del Derecho privado, sino que desarrolla una actividad reglamentaria que le ha sido atribuida por un texto legislativo. No fue ésta, sin embargo, la opinión del TJCE, que consideró

⁴ JAUME, A.: “La libéralisation du secteur des télécommunications: aspects techniques et juridiques”, en *Revue du Marché Unique Européen* 1-1992, pág. 117. HATZOPOULOS, V.: “L’Open Network Provision moyen de la dérégulation”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1994, pág. 63.

⁵ STJCE de 20 de marzo de 1985. *República Italiana contra Comisión*.

⁶ *Comunicación de la Comisión. Hacia una economía Europea dinámica. “Libro Verde” sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones*, de 16 de diciembre de 1987. COM/290 final, pág. 124.

que los reglamentos controvertidos habían sido adoptados por *British Telecommunications* sin intervención de la Autoridad Pública, y formando parte de su actividad empresarial, con lo que no podían quedar en ningún caso excluidos de la aplicación de las reglas comunitarias de la competencia.

3. El citado Gobierno consideró que se está violando el principio de neutralidad del antiguo art. 222 TCE (actual 295), que permite a los Estados Miembros determinar en el orden interno que actividades quedan reservadas al sector público, creando monopolios nacionales. Este argumento fue también rechazado por el TJCE, que consideró que el monopolio legal de *British Telecommunications* se extendía a la gestión de las redes de telecomunicaciones y su puesta a disposición de los usuarios, pero no a otros servicios anexos.

4. Otro argumento del ejecutivo italiano fue que este asunto cabría dentro de la excepción regulada en el antiguo art. 90. 2 TCE (actual 86. 2), pues la actividad de estas empresas estaría impidiendo el ejercicio de la misión de interés económico general atribuida. La Comisión entiende que esto no es admisible, pues entiende que un Estado Miembro distinto a aquel del que depende esa empresa no podía realizar esa apreciación. No admitió el TJCE el argumento de la Comisión, afirmando que es una cuestión que queda bajo la supervisión de ésta, y que por ello cualquier Estado Miembro puede suscitar un recurso en esta materia, pero rechazó en cuanto al fondo las alegaciones del Gobierno Italiano, pues entendió que una mera reducción de los ingresos de *British Telecommunications* no impedía el cumplimiento de la misión de interés general que tenía atribuida, para que esta excepción fuese aplicable habría que probar que esa pérdida de ingresos conducía a un balance negativo, de tal modo que determinase la imposibilidad económica de cumplir con esa misión, cosa que en este caso no se había demostrado.

Se puede observar que el Tribunal se limitó a razonar desde las circunstancias que concurren en el caso concreto, eludiendo una interpretación frontal de los art. 90. 2 y 222. En realidad, no se deriva de este supuesto ninguna limitación a la facultad de los Estados Miembros de atribuir a una empresa el desarrollo de una misión de interés económico general, ni tampoco de la atribución de derechos especiales o exclusivos, sino únicamente se impide el ejercicio de los mismos de forma contraria al Tratado. Pero si queda afirmado ya de forma tajante que se trata de una cuestión de transcendencia comunitaria, y que queda, como tal, bajo el control de las Autoridades Comunitarias. Como señaló SCHULTE-BRAUCKS, la decisión *British Telecommunications* constituyó la piedra angular para la construcción de un Derecho comunitario de las telecomunicaciones, pero dejaba abiertos aún múltiples interrogantes⁷.

⁷ SCHULTE-BRAUCKS, R.: "L'arrêt British Telecom: première pierre d'un Droit européen des télécommunications", en *Revue du Marché Commun* 302, diciembre de 1986, pág. 601.

Estos interrogantes comienzan a despejarse con la *Directiva 88/301/CEE*, que comienza propiamente el proceso liberalizador, mediante la liberalización del mercado de terminales, obligando a los Estados miembros, en su art. 3, a velar “porque los operadores económicos tengan derecho a importar, comercializar, conectar, poner en servicio y mantener los aparatos terminales”.

Posteriormente, este proceso encontrará continuidad en la elaboración de nuevas directivas de liberalización, comenzando por la *Directiva 90/388/CE*, que prevé la “abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal” (art. 2), excepción a la que el art. 1. 2 añadirá el servicio de telex, la radiotelefonía móvil, la radiomensajería y las comunicaciones por satélite, a las que no se les aplica la Directiva. No obstante, esta norma permitía aún la existencia de derechos especiales y exclusivos para el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones (art. 4). En 1994, la *Directiva 94/46/CE*, que modifica la anterior, hace extensiva la liberalización a las comunicaciones por satélite. Un año más tarde se lleva a cabo una nueva modificación de la misma norma, a través ahora de la *Directiva 95/51/CE*, que dará una nueva redacción a su art. 4, obligando a suprimir “todas las restricciones al suministro de transmisión a través de redes de televisión por cable”, y a autorizar “la utilización de las redes por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones distintos de los de telefonía vocal”.

Dos directivas de 1996, también modificando la *Directiva 90/388/CE*, darán culminación a este proceso, la primera, *Directiva 96/2/CE*, extiende la liberalización a las comunicaciones móviles y personales, y la segunda, *Directiva 96/19/CE*, establece la plena liberalización, dando una nueva redacción al art. 2. 2 de la *Directiva 90/388/CE*, que en su nueva redacción, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar a todo operador económico el derecho a prestar servicios de telecomunicaciones o prestar las redes.

El proceso entró con posterioridad en una nueva etapa, con la aparición de un nuevo marco regulador fijado por cinco directivas: una Directiva general (la *Directiva 2002/21/CE*⁸) y cuatro Directivas específicas (*Directiva 2002/19/CE*⁹, *Directiva 2002/20/CE*¹⁰, *Directiva 2002/22/CE*¹¹, y *Directiva 2002/58/*

⁸ *Directiva 2002/21/CE*, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE L 108/33, de 24 de abril de 2002.

⁹ *Directiva 2002/19/CE*, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. DOCE L 108/7, de 24 de abril de 2002.

¹⁰ *Directiva 2002/20/CE*, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE L 108/21, de 24 de abril de 2002.

¹¹ *Directiva 2002/22/CE*, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE L 108/51, de 24 de abril de 2002.

CE¹²). A las que se debe añadir la Directiva 2002/77/CE, que deroga, como ya dijimos, la Directiva 90/388/CE.

En este nuevo marco regulador ya no se habla de servicios y redes de telecomunicaciones, sino de servicios y redes de comunicaciones electrónicas. Según la exposición de motivos de la Directiva 2002/77/CE (ap. 6 y 7), se ha producido en los últimos años un fenómeno de convergencia en los sectores de la tecnología de la información, los medios de comunicación y las telecomunicaciones, lo que ha hecho preciso estas definiciones nuevas que “son indispensables para tener en cuenta el citado fenómeno de convergencia, agrupando en una sola definición todos los servicios y redes de comunicaciones electrónicas relacionados con el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos (esto es: redes fijas, inalámbricas, de televisión por cable y por satélite). Así pues, la transmisión y radiodifusión de programas de radio y de televisión deben considerarse un servicio de comunicación electrónica, de la misma manera que las redes utilizadas para la transmisión y radiodifusión deben considerarse comunicaciones electrónicas. Asimismo, debe quedar claro que la nueva definición de redes de comunicaciones electrónicas también incluye las redes de fibra que permiten a terceros transmitir señales con sus propios equipos de conmutación o conducción”.

En nuestro país, el proceso de liberalización comenzó tímidamente con la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, que se encargó de adoptar las novedades que se estaban gestando en el Derecho comunitario, pero sin prescindir de la consideración global de este sector como servicio público, desmarcándose únicamente de dicha calificación, como excepciones, algunos servicios. Esta publicación pervivirá hasta la promulgación de la Ley General de las Telecomunicaciones¹³, si bien, entre uno y otro texto la liberalización irá avanzando lenta y progresivamente, siendo especialmente destacable en esta evolución la aprobación del Real Decreto ley 61/1996, más tarde ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones, a través del cual se produce la creación de un segundo operador de telecomunicaciones, así como la creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)¹⁴.

En la actualidad continúa vigente la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, que se dicta para transponer al ordenamiento jurídico

¹² Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. DOCE L 201/37, de 31 de julio de 2002.

¹³ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

¹⁴ Véase SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999, págs. 9-45 y 118-149. CREMADES GARCÍA, J.: “El Derecho de las telecomunicaciones en Europa y en España”, en *Derecho de las telecomunicaciones*, Coordinador: Javier Cremades, La ley, 1997, págs. 23-33.

español la regulación contenida en el paquete de Directivas dictadas en el año 2002, al que en su momento nos referimos, “respetando plenamente los principios recogidos en ella, aunque adaptándolo a las peculiaridades propias del derecho y la situación económica y social de nuestro país” (exposición de motivos).

II. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Como ya dijimos el art. 1. Uno de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones¹⁵ (en adelante LLT) creó la CMT, configurándola como una entidad de Derecho público de las comprendidas en el art. 6. 5 LGP.

La CMT se constituyó como un ente dotado de personalidad jurídica propia, así como plena capacidad pública y privada, y adscrita al Ministerio de Fomento, tal y como señala el art. 1. Uno LLT. Este mismo artículo, en su número Dos, fija para ella un triple objeto: a) salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos; b) velar por la correcta formación de los precios en este mercado; c) ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en este sector. Para el cumplimiento de este objeto se le atribuyen un elenco de funciones que recoge el art. 1. Dos. 2.

En la actualidad, la Comisión está regulada en el artículo 48 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003), que la define como un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada. Está adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que ejercerá las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio”.

El art. 48.2 de la citada Ley establece que “tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”. Especificándose sus funciones en el art. 48.3 de la Ley¹⁶.

¹⁵ Ley 12/1997, de 24 de abril, *Liberalización de las Telecomunicaciones*, RCL 1997-1008

¹⁶ Este precepto establece que 3. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

a. Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones
Cont.

III. Las potestades de intervención de la CMT ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Aunque ya suenan un poco lejanas las afirmaciones que destacan el carácter novedoso de las Entidades Reguladoras de servicios públicos, que ya llevan

electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.

b. Asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. Asimismo, autorizará la transmisión de dichos recursos, estableciendo, mediante resolución, las condiciones de aquélla.

c. Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomienda el título III de esta Ley.

d. La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.

e. Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

1) Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*.

2) Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

3) Ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta Ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

f. Informar preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de operadores o de toma de control de uno o varios operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, cuando dichas operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia.

g. Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta Ley.

h. Asesorar al Gobierno y al Ministro de Ciencia y Tecnología, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá asesorar a las comunidades autónomas y a las corporaciones

Cont.

un cierto tiempo implantadas entre nosotros, lo cierto es que su procedencia es extraña a las tradiciones de nuestro ordenamiento jurídico. No debe sorprender, por ello, que la jurisprudencia haya tenido que dar respuesta a múltiples dudas que el ejercicio de sus funciones ha planteado en la práctica.

Una primera reflexión que suscita el examen de la jurisprudencia vertida sobre dicha materia es la, sino trivialidad, pues se trata evidentemente de asuntos muy serios, si cotidianeidad de los pronunciamientos jurisprudenciales, que lejos de tener que enfrentarse a elevadas cuestiones teóricas, casi siempre han tenido que dar respuesta a asuntos de índole puramente práctica de las que se plantean, por así decirlo, en el día a día de su funcionamiento.

Llama también la atención que en ocasiones los tribunales hayan tenido que hacer frente a cuestiones que, en principio, parecen obvias, en cuanto se han visto obligados a reiterar respecto a la CMT la concurrencia de facultades y características que son consustanciales a todo sujeto administrativo. Situación que no parece que pueda encontrar más explicación que las dificultades y dudas

locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

En particular, informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas, en materia de comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación; planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como pliegos de cláusulas administrativas generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

i. Ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora de acuerdo con el artículo 50.1 y solicitar la intervención de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para la inspección técnica de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en aquellos supuestos en que la Comisión lo estime necesario para el desempeño de sus funciones.

j. El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta Ley.

En los procedimientos que se inicien como resultado de denuncia por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de dicho ministerio. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

k. Denunciar, ante los servicios de inspección de telecomunicaciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, las conductas contrarias a la legislación general de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

En los procedimientos que se inicien como resultado de las denuncias a que se refiere el párrafo anterior, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

l. La llevanza de un registro de operadores, en el que se inscribirán todas aquellas cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de esta Ley.

El registro contendrá los datos necesarios para que la Comisión pueda ejercer las funciones que tenga atribuidas.

m. Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

que genera la introducción de cualquier elemento nuevo en un ordenamiento jurídico.

Sirva así de ejemplo la extrañeza que genera al lector que todo un Tribunal Supremo tenga que negar expresamente en su jurisprudencia que estas comisiones carezcan de poderes para interpretar el ordenamiento jurídico y aplicarlo a un caso concreto, en cuanto no es ésta una función reservada a jueces y tribunales, sino una tarea que, siempre que sus normas reguladoras le atribuyan dichas facultades, puede corresponder a la Administración, sujetas, obvio es, al posterior control jurisdiccional¹⁷.

En la misma línea, el Alto Tribunal ha tenido que aclarar la obvia sumisión de la Comisión a la obligación permitir el ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros en los términos establecidos por la legislación sobre procedimiento administrativo, siempre que deje al margen los datos confidenciales¹⁸.

¹⁷ Señala el Tribunal Supremo que:

“Alega la actora nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, en primer lugar, porque —manifiesta— la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene competencia para interpretar las normas jurídicas, facultad esta que corresponde a los órganos jurisdiccionales. Y ello con base en el artículo 117 de la Constitución Española, artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 2 de la LOFAGE y artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que la interpretación de la Ley está reservada a los Juzgados y Tribunales. También entiende Telefónica que la Comisión carece de competencia para instruir un expediente sancionador por infracción de la normativa sobre precios y tarifas del servicio público. Pues bien, sobre ello procede destacar que la Administración actuante lo que hace es adoptar un mandato administrativo mediante una actuación concreta y determinada en uso de facultades de carácter policial o de control de una actividad privada. Esta facultad de dictar mandatos singulares (órdenes) no es exclusiva de las autoridades judiciales, sino puede ser realizada por la Administración para la tutela de los intereses públicos, cuando se encuentra habilitada para ello, como sucede en el presente caso.

Esta actuación debe efectuarse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, según lo establecido en el artículo 103 de la Constitución que no se opone en absoluto a los preceptos invocados por la actora. Se trata de un acto que supone la aplicación del Ordenamiento Jurídico al caso concreto, sirviendo con objetividad los intereses generales a cuyo fin está sometida la actuación administrativa. Este acto lleva consigo la selección de la norma y su interpretación para adoptar la decisión; sin perjuicio de su posterior control por parte de los órganos jurisdiccionales, tal como señala el artículo 8 de la Ley Orgánica, del Poder Judicial, y el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 30/1992, que la propia actora indica”. STS de 10 de diciembre de 2008. RJ 2009/8351. FJ. 2.

¹⁸ Señala el Tribunal Supremo que “no se deriva del acuerdo ninguna dejación de competencias por parte de la CMT en favor de XFERA, ya que dicha Comisión se limita a aceptar el cumplimiento de un derecho reconocido constitucionalmente (art. 105.b CE) que tienen los ciudadanos al acceso a los registros y documentos, máxime cuando son interesados, siempre que, conforme se razonó en el acto, se respete la confidencialidad de aquellas partes de los mismos que puedan referirse al secreto comercial o industrial, siendo de resaltar, que en ningún momento se ha puesto de manifiesto en esta casación, en qué medida las partes del documentos declaradas no afectadas de confidencialidad debieron serlo, expresando las causas de ello, por estar incursas en algunos de los supuestos que analiza la sentencia en su fundamento jurídico 4º”. STS de 23 de mayo de 2007. RJ 2007-3311. FJ. 3.

Más interesantes son, sin duda, otros pronunciamientos, que han venido a resolver importantes dudas acerca de algunos puntos básicos del funcionamiento de la Comisión.

En primer lugar, debemos hacer referencia a una cuestión especialmente urgente que se planteó con la aparición de las Comisiones Reguladoras Sectoriales, que generó un conflicto con los órganos que realizan sus funciones reguladores con carácter general. Dicho en términos más concretos, la aparición de Comisiones Reguladoras de los sectores regulados, como la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, encargadas de la salvaguarda de la competencia en los sectores que quedan bajo su control, ha generado una poco clara distribución de funciones con los órganos que realizan sus funciones de forma horizontal, como la Comisión Nacional de la Competencia.

El Tribunal Supremo ha resuelto algunas dudas importantes al respecto, como la imposibilidad de que los órganos sectoriales puedan calificar formalmente una conducta como contraria a la competencia, en cuanto dicha tarea está otorgada a los órganos encargados genéricamente de su protección. Debiendo, en consecuencia, cuando descubra indicios de una vulneración de dicho bien, el órgano sectorial comunicar dicho hecho a la autoridad encargada genéricamente de la defensa de la competencia.

No obstante, entiende el Tribunal Supremo, que nada impide que los órganos sectoriales, cuando sea preciso, y sin llevar a cabo la declaración formal a la que nos hemos referido en el párrafo anterior, realicen una calificación indiciaria de un acto como vulnerador de la competencia, a efectos de ejercitar sus propias funciones específicas¹⁹.

¹⁹ Señala el Tribunal Supremo que “debemos partir del hecho de que la propia Sala de instancia ha entendido que el resuelve segundo, al imponer a Telefónica la obligación de proporcionar a los demás operadores los mismos datos sobre abonados que posee y que ella misma emplea para la elaboración de guías de abonados, adopta una medida preventiva de salvaguarda de la competencia, en concreto de salvaguarda de la pluralidad de ofertas de servicios en ese campo. Considera sin embargo la Sala sentenciadora que cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones afirma en el resuelve primero que la conducta contraria, cuyo cese ordena, constituye un abuso de posición dominante, ha efectuado una delimitación, aun inicial, de lo que constituye esa conducta infractora definida en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1.989, lo que excede de sus competencias.

La Sentencia impugnada aplica al caso de autos de manera en exceso mecánica la doctrina sentada por esta Sala en su referida Sentencia de 1 de febrero de 2.006 ; en efecto, en dicha resolución anulamos una instrucción dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones precisamente porque entendimos que se delimitaba un supuesto de abuso de posición dominante, concreción tipificadora que ni podía vincular al órgano específico de defensa de la competencia (el Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy la Comisión Nacional de la Competencia), ni entraba dentro de sus competencias, limitadas a la adopción de medidas concretas y específicas de salvaguarda de la competencia, sin perjuicio de su posible comunicación al servicio de defensa

Cont.

Otro punto importante que ha sido objeto de atención es la extensión de los poderes de decisión de la Comisión cuando éstos afectan a relaciones jurídico-de la competencia para la incoación del correspondiente expediente por una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia. Ahora bien, en este caso y tal como sostiene el Abogado del Estado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ha delimitado, ni siquiera en forma inicial o primaria, ninguna conducta como un subtipo de conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia o de abuso de posición de dominio, sino que se ha limitado a subsumir la conducta de Telefónica en las propias y específicas previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia. Es cierto que esa subsunción se formula de manera terminológicamente inapropiada desde la perspectiva de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pero fuera de esto —a lo que luego nos referimos— no hay nada en el resuelve primero anulado que pueda considerarse una definición genérica y abstracta de un tipo específico de abuso de posición dominante, a diferencia de lo que ocurría en la instrucción que anulamos en la Sentencia de 1 de febrero de 2.006.

Pues bien, no cabe duda de que para poder adoptar una medida concreta y específica de salvaguarda de la competencia —como se hace en el resuelve segundo— es preciso efectuar una previa valoración de que la conducta mantenida hasta ese momento es potencial o indiciariamente contraria a la libre competencia o, lo que es lo mismo, que es potencial o indiciariamente constitutiva de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta constituye una infracción de los citados preceptos (y en esa medida la formulación del resuelve primero es incorrecta), sí puede en cambio apreciar que esa conducta tiene presumiblemente efectos contrarios a la libre competencia o abusivos de una posición de dominio, y esta valoración se configura además como presupuesto imprescindible para poder fundamentar la adopción de medidas preventivas correctoras. No se trata pues de un supuesto análogo al que se daba en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2.006, sino de un caso de valoración indiciaria de una conducta como adversa a la prohibición de abuso de posición de dominio y la consiguiente adopción de una medida correctora de las contempladas en el artículo 48.3.e) de la Ley General de Telecomunicaciones (32/2003, de 3 de noviembre).

Hemos dicho que la formulación del resuelve primero de la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es incorrecta, lo que debe ser aclarado. En efecto, en los términos en que hemos delimitado la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el regulador está habilitado para apreciar que una conducta tiene o puede tener efectos adversos a la competencia, pero no le corresponde declarar formalmente una infracción de los tipos definidos por la Ley de Defensa de la Competencia, lo que sólo corresponde a los órganos de defensa de la competencia. Si la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones valora que la conducta que está enjuiciando incurre en dicha infracción deberá poner tales actos en conocimiento del servicio de defensa de la competencia, según prevé el apartado 3.e) 2º del artículo 48 de la Ley General de Telecomunicaciones. Todo ello sin perjuicio de adoptar, en su caso, medidas correctoras en los términos ya vistos, lo que supone necesariamente una valoración de tales conductas desde el punto de vista de la preservación de la competencia y requiere la debida justificación de los efectos potencialmente contrarios a la competencia que se seguirían en caso de la continuidad de las mismas.

En definitiva, en el caso examinado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ejercido sus propias y específicas funciones de valorar una conducta desde la perspectiva del mantenimiento de la competencia en el mercado de las Telecomunicaciones y ha adoptado medidas correctoras de salvaguarda. Sin embargo, ha expresado su criterio sobre tales conductas en forma que sólo correspondería a la Comisión Nacional de la Competencia, al afirmar de manera taxativa que tal conducta era constitutiva de abuso de una posición de abuso en el mercado afectado. Ahora bien, teniendo en cuenta, por un lado, que no tipifica ni define conductas contrarias a los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia sino que se limita a subsumir conductas en las previsiones de tales preceptos; y, por otro lado, que la medida adoptada en el resuelve segundo sí entra dentro de sus funciones —como sostiene también la Sala de instancia— y que,

Cont.

privadas. En tal sentido se ha aclarado por la jurisprudencia que, cuando las Comisiones Reguladoras resuelven conflictos entre sujetos privados, sólo pueden actuar con la finalidad de tutelar los intereses públicos que tienen encomendados, sin poder extender su capacidad de intervención a las cuestiones puramente jurídico-privadas ajenas a esos intereses generales. No obstante, esto no impide que puedan ejercer sus potestades en aquellas cuestiones que, aún siendo relaciones puramente jurídico privadas regidas por la autonomía de la voluntad, afectan o son susceptibles de afectar de forma directa al interés público cuya tutela se atribuye a estas Comisiones²⁰.

según hemos dicho, resulta necesaria una valoración previa de la conducta como concurrente de efectos anticompetitivos para poder adoptar tal medida preventiva, debemos interpretar las afirmaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el sentido de que el regulador aprecia efectos contrarios a la competencia en las conductas de Telefónica examinadas. Y si más allá de tal apreciación, la Comisión cree que la actuación de Telefónica es claramente una conducta prohibida por los artículos 1 ó 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, deberá proceder a efectuar la correspondiente comunicación al Servicio de Defensa de la Competencia en los términos previstos en el artículo 48.3.e) 2º de la Ley General de las Telecomunicaciones a los efectos pertinentes de incoación de un expediente sancionador que pudiera finalizar, en su caso, con la correspondiente sanción respecto a las conductas ya realizadas.

Las razones expuestas conducen a la estimación del recurso de casación del Abogado del Estado, ya que efectivamente la Sentencia impugnada se confunde al anular el resuelve primero, en el que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones subsume la conducta examinada en los tipos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia, como supuestamente delimitador de conductas prohibidas por dichos tipos, lo que podría llevar a considerar que el regulador no puede apreciar los efectos contrarios a la citada Ley de las conductas examinadas, como denuncia la parte recurrente.

Procede, en cambio, desestimar el recurso contencioso administrativo de Telefónica, ya que la resolución impugnada de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede ser interpretada en términos acordes con las propias competencias de salvaguarda de la competencia que posee el regulador. La referida resolución sólo se excede en la expresión formal de la valoración de los efectos anticompetitivos que atribuye a las conductas examinadas, por lo que debe ser interpretada en la forma ya indicada, excluyendo el sentido declarativo de una infracción que corresponde a la función represiva propia de los órganos específicos de defensa de la competencia". STS de 17 de diciembre de 2008. RJ. 2009/34546. FJ. 2.

²⁰ El Tribunal Supremo ha fijado la siguiente doctrina al respecto:

"La tesis de fondo mantenida por la Sala de instancia en la sentencia impugnada podría calificarse de acertada en principio, a reserva de lo que ulteriormente diremos y determinará la casación de aquella. La intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al resolver los conflictos de interconexión no puede desligarse de los objetivos públicos cuya salvaguarda tiene encomendada, entre otros, el de fomentar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones. Pero no cabe olvidar que la propia Ley 12/1997 le asignaba de modo específico la función de velar por la correcta formación de los precios en este mercado.

Quiérese decir, pues, que cuando ha de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes (si los interesados no llegan a un acuerdo) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe prestar atención especial al capítulo de 'precios' inserto en los acuerdos de interconexión. Aun cuando las partes disponen de autonomía contractual para fijar sus condiciones, dentro del marco predeterminado, aquellos acuerdos están sujetos al escrutinio del organismo regulador que puede, en caso de conflicto, adoptar las decisiones necesarias sobre la forma y condiciones en que la interconexión debe llevarse a efecto.

Cont.

Cuando actúan en este ámbito, la función de las Comisiones Reguladoras no se limitan a una mera aplicación de las normas jurídico-privadas vigentes, sino

En el caso de autos el Acuerdo General de Interconexión suscrito entre “Intermail Telematic Services, SL” y “Telefónica de España, SAU.” disponía que ésta prestaría a aquél el servicio de terminación internacional a cambio de un determinado precio establecido en el Anexo III. Ambas partes modificaron expresamente los precios de este servicio singular, mediante una adenda de 26 de marzo de 2001 que, a partir de ese mismo momento, se integra y forma parte del propio Acuerdo General de Interconexión, desplazando la eficacia de la precedente cláusula y obligando a las partes desde entonces.

La decisión unilateral de “Telefónica de España, SAU.” que en abril de 2003 deja de aplicar los precios previstos en la adenda de 26 de marzo de 2001 para los servicios de terminación de tráfico de voz internacional (hasta entonces indiscutidos) y “vuelve” a los que ya no estaban vigentes supone una revisión parcial del único Acuerdo General de Interconexión que rige las relaciones entre ambas partes. Y esta modificación unilateral en el precio del servicio se lleva a cabo sin acudir al mecanismo de revisión establecido en las cláusulas 14 o 15 del Acuerdo General de Interconexión. Un operador (en este caso el dominante en el sector) impone, pues, a otro sin su aquiescencia el precio del servicio de modo unilateral. No cambia esta realidad el hecho de que la modificación se haga para volver a unas condiciones pactadas con anterioridad que, sin embargo, ya habían sido abandonadas por acuerdo de ambas partes.

Es cierto que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al motivar su resolución, puso un especial énfasis en la aplicación de las normas civiles que rigen las obligaciones. Con cita de los artículos 1091 (las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos) y 1256 del Código Civil (la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes) concluyó que no era lícita “ante un incumplimiento contractual por cualquiera de las partes [...] la modificación unilateral por uno de los contratantes de las condiciones pactadas de forma bilateral en un acuerdo o contrato determinado”.

Estas afirmaciones fueron hechas, sin embargo, a la vez que el organismo regulador precisaba que no trataba de determinar en aquel momento si se había producido un grave incumplimiento por alguna de las partes (“Telefónica de España, SAU.” imputaba a “Intermail Telematic Services, SL” la falta de abono de los servicios a lo largo de cinco meses) sino tan sólo de resolver si “Telefónica de España, SAU.” podía establecer de modo unilateral los precios que habían de regir su relación contractual con “Intermail Telematic Services, SL” en lo sucesivo. Y esta cuestión excede a nuestro juicio (por ello casamos la sentencia) del mero ámbito de las discrepancias entre partes privadas cuya resolución sólo compete a la jurisdicción civil. Consideramos, por el contrario, que la resolución del conflicto en el sentido en que lo hizo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones responde a un interés público por ésta protegible: de no actuar en el sentido en que lo hizo cuando se le planteó, el organismo regulador hubiera admitido que los operadores dominantes pueden por sí solos imponer los precios de sus servicios en el marco de las relaciones contractuales derivadas de los acuerdos de interconexión. Lo cual supondría alterar significativamente el marco legal y reglamentario en el que se inspira la figura misma de los acuerdos de interconexión y, por ende, distorsionar la incipiente competencia en el sector.

En efecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha de velar por el debido equilibrio entre las posiciones e intereses de las partes que suscriben un acuerdo de interconexión, sin olvidar que la existencia de estos acuerdos tiene razón de ser precisamente porque en el sector se da una situación de inicial ventaja para quien es titular de las redes. En caso de litigio o conflicto las medidas que el organismo regulador pueda adoptar para solucionarlo incluyen sin duda la de exigir que dichas partes se atengan a lo pactado de modo que el operador dominante, que presta sus servicios de red, no imponga de modo unilateral al nuevo operador entrante las condiciones de aquellos servicios, especialmente su precio.

Es cierto que en el caso de autos la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debió referirse también de un modo más explícito a esta finalidad pública de su intervención. Creemos,

Cont.

que ostentan una posición específica, que es la que legitima precisamente que asuma funciones específicas en este ámbito, como defensor del interés general que tiene atribuido, que le convierte en algo más que un simple componedor de los intereses privados en juego, y que le permite tomar medidas adecuadas a la tutela de esos interés públicos que se le han encomendado²¹.

sin embargo, que la referencia a ella está implícita en el texto de la resolución impugnada. Y es que si el organismo regulador debe velar, según ya hemos recordado, por el respecto del “equilibrio justo” entre los intereses legítimos de las partes (por emplear los términos que al respecto figuran en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, de la que traen causa las normas nacionales aplicables), como uno de los criterios materiales para resolver los conflictos que se produzcan en relación con los acuerdos de interconexión, tal finalidad también se logra impidiendo, repetimos, la imposición unilateral de las condiciones contractuales relativas a los precios. Tanto más cuanto que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se limita exclusivamente a exigir del operador dominante que se atenga al procedimiento que él mismo ha aceptado en el Acuerdo General de Interconexión para la modificación o revisión de éste, sin terciar –en ese momento– en el debate acerca del cumplimiento o incumplimiento contractual de la otra parte

De hecho, la Comisión procedería ulteriormente a la apertura de un procedimiento administrativo en relación con los impagos de “Intermail Telematic Services, SL” por los servicios de interconexión, incluido el servicio de carrier internacional, en cuyo curso se pronunciaría sobre si concurrían los requisitos necesarios para proceder a la desconexión definitiva de las redes de ambos operadores y a la resolución del acuerdo de interconexión. Y, en efecto, aprobó la desconexión de las redes como medida cautelar por acuerdo (ulterior a los hechos aquí examinados) de 3 de julio de 2003.

En definitiva, la apelación a los preceptos generales reguladores de las obligaciones entre las partes –no siendo improcedente, pues aquellos preceptos sin duda son aplicables a este género de acuerdos– no puede ocultar que en el caso de autos servía asimismo para respaldar una decisión administrativa vinculante cuyo único sentido era, precisamente, el de impedir que el precio de los servicios objeto de interconexión se fijara por una de las partes (la dominante) y no de mutuo acuerdo. Y esta finalidad se corresponde con la salvaguarda de los intereses públicos en cuya consideración se ha atribuido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la capacidad resolutoria de conflictos entre partes privadas.

Procede, pues, la estimación del recurso de casación y, por las mismas razones, la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo que “Telefónica de España, SAU.” promovió contra la 2003 contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de octubre de 2003”. STS de 18 de noviembre de 2008. R.J. 2008-5966. F.J. 4.

²¹ Señala el Tribunal Supremo al respecto que “hemos afirmado que la actuación del organismo regulador al resolver los conflictos de interconexión entre los operadores de telefonía no queda limitada a la mera aplicación automática de los preceptos del Código Civil (en este caso, los artículos 1091, 1255 y 1281) relativos a la eficacia e interpretación de los contratos. Si algún sentido tiene la atribución legal al organismo regulador de las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral sujeta al derecho privado, es precisamente el de velar por los objetivos de interés público (promoción de la competencia y defensa de los intereses de los usuarios, incluida la mayor interoperabilidad de los servicios, entre otros) que la justifican. Los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que la interconexión es un instrumento o elemento clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores, cualquiera que sea la posición relativa en él de cada uno de ellos.

Por lo demás, aquellos artículos del Código Civil han de atemperarse con la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus como elemento de moderación y equilibrio de las obligaciones contractuales ante la aparición de determinadas circunstancias extraordinarias sobrevenidas. Y ello tanto más cuanto que el margen de actuación del organismo regulador en

Cont.

Capítulo especial es el relativo a unos de los poderes más característicos y consustanciales de las Agencias Reguladoras: sus amplias facultades en materia de obtención de información de los sujetos regulados, sin las cuales difícilmente podrían cumplir su labor²². Muchos aspectos han tenido que aclarar los tribunales respecto a estos poderes.

Así, el Tribunal Supremo ha señalado que los actos de requerimiento de la Comisión no son actos definitivos, sino meros actos de trámite, pero son, sin embargo actos de trámite cualificados, susceptibles de impugnación separada, ya que, en cuanto pueden suponer la remisión de información confidencial, de la que depende la estrategia comercial de la empresa requerida, son susceptibles de generar un perjuicio irreparable²³.

la precisión de las obligaciones derivadas de prestar un servicio de interés general como el de la telefonía no queda circunscrito, ya lo hemos repetido, a un mero papel de componedor de los intereses privados en conflicto.

Desde esta doble perspectiva debe recordarse que el acuerdo de interconexión suscrito entre las dos operadoras en conflicto permitía expresamente su modificación si se producían cambios normativos en la materia, supuesto al que cabe equiparar la circunstancia sobrevenida de que el regulador adopte decisiones administrativas vinculantes (que, lógicamente, tienen su apoyo en la propia norma) con incidencia destacada en los precios de interconexión. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pudo, pues, resolver el conflicto ante la falta de acuerdo de las partes imponiendo a Amena una reducción de los precios de terminación que contribuyera precisamente –además de a los objetivos públicos ya referidos– a restablecer el equilibrio contractual alterado, dado que esta alteración procedía precisamente de una previa intervención regulatoria con efectos directos sobre el operador dominante (en este caso “Telefónica Móviles España, SA”), cuyos efectos desfavorables para él la propia recurrente reconoció y propuso mitigar”. STS de 1 de octubre de 2008. RJ 2008/4061. FJ. 7.

²² MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid, 2004. Págs. 1197-1201.

²³ Señala el Tribunal Supremo que:

“Esta Sala en gran número de sentencias –18/5/2005, 9/3/2006, 7/3/2006, 16/5/2006, y otras que en ellas se citan– ha resuelto recursos de casación interpuestos contra sentencias de la Audiencia Nacional que enjuiciaban la legalidad de los actos de requerimientos efectuados por la CMT a operadores del sector de telecomunicaciones. En dichas sentencias no se entró a examinar el tema de la recurribilidad o no en vía jurisdiccional de esos requerimientos, porque dado los estrictos límites de la casación, al no ser planteado por las partes recurrentes, no podía esta Sala ir más allá de lo que le imponían los motivos articulados por ellas. En esas sentencias si se reconoció que tales requerimientos tenían la consideración de actos de trámite, en orden a flexibilizar el requisito de motivación que no podía ser tan riguroso como para los actos definitivos. La cuestión de si esos actos de trámite entraban en la categoría de recurribles al ser algunos de los enumerados en el artículo 25 de la Ley Jurisdiccional, no llegó a ser tratada en esas sentencias, por lo que se plantea ahora ex novo, debiendo de decidirse si tales requerimientos “deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, según el tenor literal de dicho precepto.

Descartado sin mayores problemas que esos actos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o impidan la continuación del procedimiento, ya que van directamente dirigidos a obtener información para dictar en su día una resolución en relación con la petición formulada por EHS, sin que tampoco quepa hablar de una posible indefensión de los operadores requeridos desde el momento en que el propio requerimiento –apartado 4– les abre la puerta a que formulen

Cont.

Si bien, la jurisprudencia ha aclarado que no es contrario al derecho a la tutela cautelar, la ejecutividad de los requerimientos de la Comisión con anterioridad a que un Tribunal se pronuncie acerca de la suspensión²⁴.

También se ha puesto de manifiesto que la decisión por la que una Comisión Independiente decide acerca de la confidencialidad de la información transmitida a la misma no constituye un mero acto de trámite no susceptible de impugnación separada, sino un acto de trámite cualificado, que puede ser objeto de impugnación autónoma, en cuanto no constituye una mera declaración dirigida a impulsar y ordenar el procedimiento, sino que implica una decisión con trascendentes consecuencias para las personas interesadas²⁵.

alegaciones respecto de si la declaración de EHS “es cierta o no y, en caso de serlo, exponga las razones que motivan dicha negativa de acceso”, el único supuesto que daría lugar a la recurribilidad del acto sería el último previsto en el mencionado precepto: “perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

En relación con este punto, ya en la demanda se ponía de manifiesto –hecho 5º– que el requerimiento suponía “un importante número de informaciones, entre ellas, varias de un evidente carácter confidencial por incluir secretos comerciales”, alegaciones que se reiteran en el motivo primero de casación cuando se indica que “todas y cada una de estas informaciones afectan abiertamente al derecho de libertad de empresa (art. 38 CE), en cuanto que tratan de imponer el descubrimiento de estrategias operativas y comerciales que pueden favorecer a los demás competidores, y en particular, a la empresa que había formulado la denuncia”. Y sigue más adelante “... imponen la revelación de datos que pertenecen a la propiedad de la empresa (art. 18 y 33 CE), en un supuesto en el que la legislación en materia de competencia no lo exige en absoluto. En particular, la Ley de Defensa de la Competencia de 1989... somete estas potestades a severos límites”.

Desde esta perspectiva no existe duda que la información que se solicita por la CMT, y que ha sido reseñada en los antecedentes, forma parte de la estrategia comercial de la entidad requerida, que, sin entrar a examinar en este momento sobre la procedencia de que deba ser recabada por la CMT, puede ocasionarle perjuicios irreparables si la misma fuese puesta a disposición de terceros al no ser declaradas de carácter confidencial. Es lógico admitir que la entidad requerida tenga la posibilidad de oponerse a su entrega mediante el ejercicio de los medios impugnatorios que le confiere el ordenamiento jurídico, entre los que se encuentra la impugnación jurisdiccional, con el fin de o bien recabar el carácter de confidencial de esos documentos, o de oponerse a su entrega por las razones que estime conveniente, petición que ya sería infructuosa de considerar que para ejercer su acción tendría que esperar a que se dicte el acto definitivo en el procedimiento en el expediente en que el requerimiento se ha efectuado, pues en ese momento el perjuicio ya se habría consumado”. STS de 13 de febrero de 2008. RJ 2008-1600. FJ. 2.

²⁴ Señala el Tribunal Supremo que el “derecho a la justicia cautelar no produce, como pretende la Entidad recurrente, el efecto jurídico de impedir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acuerde la ejecución inmediata de las resoluciones de requerimientos de información practicados en virtud de las atribuciones conferidas en el artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, hasta que los tribunales de lo Contencioso-Administrativo puedan pronunciarse sobre la adopción de la medida cautelar solicitada, porque esta interpretación del artículo 24 de la Constitución no ha sido objeto de validación por el Tribunal Constitucional”. STS de 16 de mayo de 2006. RJ 2006-2358. FJ. 4.

²⁵ Señala el Tribunal Supremo que “en el presente caso nos hallamos ante un acto que presenta un contenido más complejo que el de un simple acto de trámite, por cuanto la resolución dictada por el Secretario de la CMT no se limita a impulsar u ordenar el procedimiento administrativo en el que

Cont.

La información objetiva requerida por parte de la Comisión puede ser utilizada para el ejercicio de todas las funciones propias de la Comisión, incluida la potestad sancionadora, sin que esto suponga la vulneración del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, pues caso contrario se estaría dando un poder de sustraerse a la obligación de suministrar la información objetiva exigida por el ordenamiento jurídico²⁶.

se dicta, sino que contiene una declaración, y, una decisión sobre el tratamiento procesal que se va a dar a cierta información suministrada por las demandantes, decisión que va a resultar material y procesalmente trascendente. En efecto, el pronunciamiento sobre el carácter confidencial o no de los datos aportados al procedimiento en virtud de un anterior requerimiento implica una valoración del contenido de la información y una necesaria ponderación de las consecuencias de todo tipo que puedan derivarse para las entidades implicadas. En tal ponderación han de tomarse en consideración los diversos bienes jurídicos en juego e implica la necesidad de un razonamiento y una motivación que justifique el tratamiento dado a la información. Además, la declaración de confidencialidad genera importantes consecuencias para las partes interesadas en el procedimiento, referidas a la limitación en el acceso a los documentos y a las posibilidades de alegar sobre los mismos. Aspectos estos que evidencian la incompatible conceptualización de la declaración contemplada como un mero acto de trámite dirigido a la ordenación del procedimiento”. STS de 19 de diciembre de 2008. RJ. 2009/8263. FJ. 2.

²⁶ El Tribunal Supremo ha señalado que:

“Entiende la recurrente que se ha conculcado su derecho de defensa garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución, que supone el derecho a no declarar contra uno mismo, debido a que la incoación de los dos expedientes sancionadores se ha producido gracias a la información recabada merced a requerimientos de información practicados en el seno de procedimientos administrativos de carácter no sancionador.

La queja carece de fundamento. Es en todo punto regular y no atenta al derecho de defensa la circunstancia que denuncia la recurrente. Entre las funciones que corresponden a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano regulador del sector, está el velar por el correcto funcionamiento del mismo, requiriendo a los sujetos en él intervinientes la información objetiva (cifras, datos, información contractual, etc.) que considere necesaria. A estos efectos, la Ley prevé el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comisión en caso de incumplimiento de los requerimientos de información que pueda formular en el ejercicio de sus funciones (artículo 1.Dos.2., párrafo 1) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones. Y dicha información, junto con la que pueda recabar por otros medios, puede ser legítimamente utilizada para el ejercicio de todas las competencias que ostenta la Comisión, incluida la sancionadora, ya que la potestad de requerir información se considera precisamente —como se deriva del precepto citado— como una facultad vinculada al correcto ejercicio de las funciones reguladoras de la Comisión. La obtención de la información que los sujetos intervinientes en el sector deben proporcionar a la Comisión a requerimiento de ésta tiene precisamente ese destino de permitir el correcto ejercicio de sus funciones, sin que ello pueda equipararse a la exigencia de declaraciones en contra de uno mismo.

En efecto, en nada afecta dicha circunstancia al derecho de defensa. La información objetiva recabada de las operadoras sirve para verificar que su actuación respeta la regulación legal, y en nada menoscaba las razones y explicaciones que dichos sujetos puedan alegar en defensa de su actuación en caso de que se incoe un expediente sancionador. Lo contrario supondría una especie de derecho a la ocultación de datos al órgano regulador contrario a la propia naturaleza y funciones de dicho órgano, ya que significaría la imposibilidad de que éste requiriese información a los sujetos que operan en el sector, ante el riesgo de no poder utilizar luego dicha información en el ejercicio de las competencias de regulación. Debe pues desestimarse el motivo”. STS de 21 de diciembre de 2007. RJ 2008-367. FJ. 3.

El requerimiento de información previa por parte de la Comisión no da lugar a un procedimiento administrativo sometido a caducidad, sino que se trata de una función imprescindible para el ejercicio de sus funciones, de la que podrá hacer uso siempre que existan motivos que justifiquen su utilización²⁷.

El requerimiento de información constituye un acto de trámite que entra dentro de la fase de instrucción, por lo que la obligación de motivación del mismo debe flexibilizarse, siendo suficiente para una debida justificación con que se haga constar la finalidad del acto y su adecuación al procedimiento dentro del cual se produce. Una exigencia adicional en este sentido supondría un obstáculo indebido al desarrollo de la investigación²⁸.

²⁷ Apunta el Tribunal Supremo que: El motivo debe desestimarse, pues atribuida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el artículo 30 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, la potestad de “recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, hay que entender que la misma puede ejercitarla en cualquier tiempo, pues de otro modo se vería coartada en el cumplimiento de su objetivo primordial que le atribuye la Ley 12/1997 de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones, en cuyo artículo 1.Dos.1 le confiere la potestad “de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado...”.

Sería ilógico vedar esta posibilidad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando, como consecuencia de un hecho nuevo –la publicación de una noticia sobre la celebración de determinados concursos–, que puede tener trascendencia a los efectos competenciales, el mero transcurso del plazo que la Ley señala para resolver los procedimientos le impidiera solicitar una información de trascendencia que se ha producido ex novo. Se está, como señala la sentencia recurrida, ante una actuación autónoma, que exige un tratamiento diferenciado, en aras a la satisfacción del interés general, lo que prima sobre una posible caducidad, como se infiere análogicamente del artículo 92.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

Por otra parte hay que tener en cuenta que el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 establece de forma expresa que con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, puede el órgano competente “abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”. Pues bien, no puede entenderse que la resolución de 11 de mayo de 2001 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones abriera un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período informativo en el sentido del artículo 69 que podría dar lugar, en su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención.

De esta manera y como ya hemos indicado, las potestades de requerir información que se pueden ejercer en el seno de dicho período informativo pueden ejercitarse en cualquier momento con carácter autónomo y previo a cualquier procedimiento en sentido propio, sin que necesitara en puridad la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la citada resolución del 11 de mayo para aprobar los ulteriores requerimientos de información”. STS de 16 de mayo de 2006. RJ 2006-2359. FJ. 4.

²⁸ Señala el Tribunal Supremo que:

“Es necesario tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el período informativo previo o bien en el curso de un procedimiento, con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse. Se trata de actos de instrucción dirigidos, como dice el artículo 78 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

Cont.

Otro punto que ha demandado también la atención judicial es el de las funciones arbitrales otorgadas a la Comisión. Atribuciones que, como es sabido le atribuye la ley con un carácter jurídico-privado. Se trata, por tanto, de atribuciones de un ente público, pero que carecen de carácter público, por lo que las actuaciones incidentales que desarrolla a lo largo del procedimiento arbitral no implican el ejercicio de potestades administrativas, sino el mero desarrollo de funciones privadas en virtud de un mandato legal. De aquí se deriva que corresponde conocer de los conflictos que susciten dichas actuaciones a la jurisdicción civil, y no a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁹.

Desde esta perspectiva la motivación normalmente viene dada por el fin que persiguen –copio de material instructorio–, y por el objeto del procedimiento dentro del cual se realizan, ya que exigir un plus sobre esto llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar investigación, cuyos resultados son aleatorios y pueden resultar estériles.

Con base en esto, puede señalarse que el acto de requerimiento, tal cual señala la sentencia de instancia, tiene la motivación suficiente, con referencia a hechos –publicación de la noticia del concurso en la prensa–, y fundamentos de derecho –relación de potestades que determinan el requerimiento–, lo que unido a desarrollarse el trámite dentro de un determinado procedimiento informativo con un objeto concreto, hay que considerar cumplido el requisito del artículo 54 mencionado, que solo exige «sucinta» referencia a hechos y fundamentos de derecho”. STS de 16 de mayo de 2006. RJ. 2006-2359. FJ. 5.

²⁹ Señala el Tribunal Supremo que:

“Procede desestimar el segundo motivo de casación que se sustenta en la alegación de que la Sala de instancia ha incurrido en defecto en el ejercicio de la jurisdicción, al rechazar la competencia de la Sala para conocer del recurso Contencioso-Administrativo, porque el examen en el trámite de alegaciones previas de la concurrencia de los presupuestos procesales de orden público que disciplinan la admisión de los recursos Contencioso-Administrativos, y la apreciación de la falta de jurisdicción del orden Contencioso-Administrativo, revela que el Tribunal a quo ha enjuiciado la pretensión formulada sobre la inadmisión del recurso Contencioso-Administrativo dentro de los límites que prescriben los artículos 1, 2, 3 a), 58 y 69 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cabe significar que la parte recurrente insiste, en la formulación de este segundo motivo de casación, en los mismos argumentos aducidos en la fundamentación del primer motivo, sobre la inadecuada identificación del objeto del recurso Contencioso-Administrativo, por lo que debemos declarar que la Sala de instancia acierta al afirmar que se trata de la impugnación de un Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en un procedimiento arbitral en el ejercicio de potestades que no tienen carácter público, que el artículo 48 de la Ley General de las Telecomunicaciones le encomienda expresamente, que no puede calificarse que constituya una actuación material de la Administración caracterizada de vía de hecho, y rechaza, por tanto, la tesis que sustenta la parte recurrente de que se ha incorporado «de facto» un informe del Servicio de Defensa de la Competencia a un procedimiento arbitral, careciendo de competencia y al margen del procedimiento previsto.

La alegación sobre el defecto de jurisdicción en que habría incurrido la Sala de instancia carece de fundamento, a la luz de las circunstancias concurrentes, ya que el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, que califica de carácter privado, al excluir, expresamente, que tenga carácter público, y dicha disposición refiere que el procedimiento arbitral se ajuste, entre otros principios, al de libertad de prueba, de donde se desprende que el acuerdo incidental de admitir un medio de prueba no supone el ejercicio de potestades administrativas al no ser un acto separable de la propia tramitación del procedimiento arbitral.

En el procedimiento arbitral a que alude el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre,

Cont.

No podemos cerrar este estudio sin hacer referencia a una cuestión particularmente relevante, como lo es la ratificación por parte de los tribunales de las atribuciones normativas de estos entes.

General de Telecomunicaciones, que se rige supletoriamente por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, no cabe integrar la doctrina de los actos separables para promover que determinados actos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones producidos en la sustanciación de las actuaciones arbitrales tengan un contenido propio, por corresponder al ejercicio de prerrogativas públicas, cuya impugnación debe enjuiciarse en el orden Contencioso-Administrativo, porque este criterio que postula la empresa recurrente, contradice la decisión del legislador de considerar que dicho organismo, sometido al Derecho público, sin embargo, como excepción, cuando realiza funciones arbitrales no está revestido de la autoridad que corresponde a las Administraciones públicas independientes, puesto que ejerce por mandato de la Ley funciones privadas.

Así lo ha entendido esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de enero de 2008, al declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por SOGECABLE, SA contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2005, confirmado en súplica por Auto de 24 de enero de 2006, que inadmitió el recurso interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de septiembre de 2004 que, a su vez, había acordado la "admisión del arbitraje instado por Telecable de Asturias, SAU. [...] en la reclamación arbitral presentada el 6 de mayo de 2004", con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

[...]
Resulta de ello, que la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en este supuesto, no supone el ejercicio de potestades administrativas, sujeto al control de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A estos efectos, resulta oportuno recordar que lo que exige la adecuada formulación del motivo de casación fundado al amparo del artículo 88.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, es fundamentar de forma precisa y convincente la concurrencia de exceso, abuso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción en que habría incurrido la Sala de instancia. Es decir, como se deduce de la interpretación de este precepto con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se hubiera producido el conocimiento por parte de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de asuntos impropios de los que corresponden a su orden jurisdiccional, o el dejar de conocer de los que corresponden a él, como se sostiene en la sentencia de esta Sala de 25 de julio de 1996, en relación con la redacción del artículo 95.1.1 de la precedente Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, debida a la Ley 10/1992, de 30 de abril.

El artículo 95.2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa concretiza el significado de este motivo casacional, que pretende salvaguardar el ámbito y la extensión de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, al disponer, como contenido de la sentencia casacional, que, en caso de estimarse el recurso de casación por este motivo, se anulará la sentencia o resolución recurrida, indicándose el concreto orden jurisdiccional que se estima competente o se resolverá el asunto, según corresponda.

Cabe, por tanto, descartar que la Sala de instancia haya incurrido en defecto de jurisdicción al declinar su competencia en favor de la jurisdicción civil, porque la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en este supuesto, se ha producido en el ejercicio de potestades inherentes a su función arbitral, derivado del reconocimiento de su posición institucional de árbitro reconocido por el legislador, cuya legalidad constitucional no cabe cuestionar, conforme a las consideraciones jurídicas expuestas en la sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de 13 de noviembre, que se rige, además de las prescripciones específicas, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que derogó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, cuyo artículo 25 establece la potestad de los árbitros para decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad

Cont.

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la Comisión ha recibido en virtud de la ley una habilitación legal que le dota de un poder normativo “ad extra”, diferente de la mera potestad interna de dictar instrucciones y circulares para ordenar la actividad de sus órganos dependientes³⁰.

Ha ratificado, además, la legitimidad de esta delegación normativa, que confiere una potestad normativa derivada, distinta, obviamente, a la potestad reglamentaria originaria que se atribuye por la Constitución al Gobierno. Justificando dicha posibilidad en las especiales características de determinados mercados, que requieren de soluciones altamente tecnificadas y de gran rapidez, que sólo puede proporcionar el órgano especializado que desarrolla la función de supervisión constante del sector en qué consiste la regulación³¹.

de pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración, y que en su artículo 42 determina la competencia para conocer de la acción y anulación del laudo de la jurisdicción civil. Esta conclusión jurídica que propugnamos de rechazar que la Sala de instancia haya incurrido en defecto de jurisdicción, se revela acorde con el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 6 de noviembre de 2007, que considera que el orden jurisdiccional civil es competente para conocer de los incidentes en relación con la ejecución de un laudo arbitral, incluidas las que puedan derivarse de la tramitación de la acción de anulación ejercitable contra el laudo arbitral y el procedimiento arbitral”. STS de 30 de enero de 2008. RJ 2008-588. FJ. 2.

³⁰ El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que:

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones en su Exposición de Motivos señala que: “La exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los participantes en el mercado de las Telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector”. En su artículo 1 hace efectiva esa declaración creando la CMT como entidad de derecho público de las comprendidas en el apartado 5 del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada. En el apartado Dos.2 f) de ese artículo 1 le atribuye la función de “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado”.

Existe, por tanto, una potestad normativa “ad extra” atribuida por la Ley en favor de la CMT distinta de la facultad reguladora “ad intra” a la que se refiere el artículo 21 de la Ley 30/1992, respecto de sus órganos jerárquicamente dependientes, y que además tiene su efectivo control de cumplimiento por la propia Comisión en el apartado I) de dicho artículo que le atribuye “el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las Telecomunicaciones”, y un control ulterior externo mediante el oportuno recurso ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa como indica el apartado Ocho del artículo 1º al señalar que “Las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa en los términos establecidos en la Ley reguladora de dicha jurisdicción”. STS de 1 de febrero de 2006. RJ 2006-466. FJ. 4.

³¹ Apunta el Tribunal Supremo que “eliminar el obstáculo que pudiera constituir el artículo 23.1 de la Ley del Gobierno, que por lo demás se refiere a la potestad reglamentaria originaria, junto a

Cont.

Si bien esto no impide que esté sujeta a algunas limitaciones, que son las que establece la ley de delegación, que determina un ámbito subjetivo, objetivo y formal, dentro del cual se debe desarrollar necesariamente la potestad normativa atribuida³².

la cual, como a continuación se verá, cabe otra de carácter derivado.

La viabilidad de esta última es posible formalmente y no se opone al artículo 97 de la Constitución, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 135/, relativa al Banco de España, y en la 133/1997 en relación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, instituciones con las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones encuentra un evidente paralelismo, al ser todas ellas supervisoras y de control de los respectivos sectores en que desenvuelven sus funciones. La técnica a emplear por la Ley habilitante en la cual encuentra cobertura específica esta delegación, puede consistir, como ha dicho el propio Tribunal, o bien en autorizar una eventual delegación del titular originario de la potestad o atribuir la directamente a la Administración actuante. Ello tiene su explicación en que hay una serie de disposiciones o “medidas” que concretan elementos en blanco de la norma legal y que han de adaptarse a las circunstancias coyunturales, tan versátiles y de oportunidad en determinados sectores, entre los que se encuentra sin duda el de las telecomunicaciones, proclive a la especialización técnica, al detalle de la normativa y a la necesaria flexibilidad y rapidez que ciertas actuaciones requieren. En el caso presente la delegación es a la par directa por la Ley de la Liberalización de las Telecomunicaciones art. 1.Dos.2.f), e indirecta por el artículo 19.3 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, con referencia a la preasignación de operador, y por el artículo 20.1 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la CMT”. STS de 1 de febrero de 2006. RJ 2006-466. FJ. 4.

³² Como indica el Tribunal Supremo, el “ejercicio de esta potestad, sin embargo, no es absolutamente libre, pues deberá enmarcarse dentro de los límites de la propia Ley habilitante y del resto del ordenamiento jurídico. Este ámbito se demarca por tres importantes elementos: subjetivos, objetivos y formales, los cuales no han sido traspasados por la Circular impugnada. En efecto, desde el primer aspecto, el artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997 concreta los destinatarios de las instrucciones a las entidades que operen en el sector, y es evidente que tal límite no se traspasan en el presente caso, pues se refiere a los operadores de redes telefónicas públicas fijas que han sido declarados dominantes (caso de Telefónica) o que lo puedan ser en el futuro (por aplicación del artículo 23 de la LGT). En el segundo aspecto, el límite impuesto por el mencionado precepto habilitante refiere la potestad normativa entre otros objetivos a las actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. Desde esta perspectiva, la facilidad de preasignación o preselección de operador que permite que los usuarios puedan fijar por adelantado el operador que desean que curse sus llamadas de larga distancia, sin necesidad de anteponer el código de selección de operador seleccionado en cada llamada, constituye un mecanismo fundamental para la introducción y mantenimiento de la libre competencia, pues como se dice el informe de la Asesoría Jurídica de 2 de noviembre de 1999 “elimina las barreras de entrada de los nuevos operadores, al establecer condiciones de marcación equivalentes para los distintos operadores, sin diferencias entre el operador que provee el acceso y el de larga distancia”. En tercer lugar, el procedimiento de elaboración previsto en el artículo 20.2 del Real Decreto 1994/1996, se ha cumplido escrupulosamente al haberse emitido los oportunos informes y oído a las operadoras interesadas, terminando con la publicación en el BOE de 11 de noviembre de 1999”. STS de 1 de febrero de 2006. RJ 2006-466. FJ. 4.

MÉXICO

DERECHO DE LOS PARTICULARES FRENTE AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA EN MÉXICO

Germán Cisneros Farías y Gustavo Mireles Quintanilla

Advertencia

De acuerdo con el artículo 40, México es un estado federal compuesto de 32 entidades federativas con soberanía para darse sus propias leyes, salvo en aquellas materias que estén expresamente concedidas por la constitución política de los estados unidos mexicanos a la federación, según se establece en su artículo 124.

Tratándose de la protección jurídica de los particulares frente a la administración, se entiende que los medios de defensa y las autoridades competentes para conocer de las instancias correspondientes están regulados por leyes federales o por leyes de las entidades federativas según este previsto en la constitución general de la república.

Por lo tanto, tratar el tema de la defensa del particular en México requiere de abreviar tanto en la legislación federal nacional como en la legislación de cada una de las entidades federativas, lo cual al desarrollarse implica un extenso trabajo que no podría atenderse dentro de los límites previstos para el desarrollo del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Por ello, el tema presente sólo habrá de comprender la defensa del particular en el ámbito de la competencia federal nacional, lo cual consideramos que refleja lo que sucede en el ámbito de la competencia de las entidades federativas, por las similitudes que existen en la protección jurídica del particular entre éstas y aquélla.

Asimismo, sobre la vía administrativa nos permitimos aclarar que su terminación (agotamiento) ha sido objeto de diversa opiniones en la doctrina. Algunos autores se pronuncian a favor de que esa vía se termina al quedar firme el acto administrativo en el procedimiento seguido por la autoridad administrativa, pero otros autores, en los casos en que se impugna ese acto ante tribunales administrativos, consideran que la vía administrativa no termina hasta que se dicte sentencia ejecutoria; es decir, hasta que se haya agotado el procedimiento contencioso administrativo, a través de la autoridad jurisdiccional.

Nuestra opinión coincide con la de los autores que sostienen que la vía administrativa se agota al terminar el procedimiento de defensa seguido ante la autoridad administrativa y no el procedimiento seguido en la instancia jurisdiccional, pues esta vía ya no es substancialmente administrativa sino judicial y por lo general obedece a una circunstancia adjetiva distinta a la naturaleza del acto administrativo, así que, es bajo este criterio que nos hemos permitido desarrollar el presente trabajo, considerando que existe una clara diferencia entre procedimiento administrativo y procedimiento contencioso administrativo. Sustantivo el primero, adjetivo el segundo. Dando lugar a que llamemos propiamente acto administrativo al primero y derecho procesal administrativo al segundo.

Hecho el deslinde metodológico correspondiente, entremos en la materia objeto de este estudio.

I. Medios de defensa de los particulares en la vía administrativa

El acto impugnabile en la vía administrativa es el acto administrativo definitivo emitido en el procedimiento administrativo, entendiéndose por este acto el acto sustantivo principal, por ejemplo, al solicitarse una concesión de servicio público de transporte ante la secretaría de comunicaciones y transportes federal, el acto principal es la resolución sobre otorgamiento o denegación de la concesión y los acuerdos de trámite y los dictámenes técnicos son actos instrumentales o accesorios. Estos últimos no son susceptibles de impugnación, salvo cuando causen agravio al particular y éste quede en estado de indefensión.

A. Recursos administrativos

Se entiende por recurso administrativo el medio de defensa previsto en la ley a favor del particular, mediante el cual puede impugnar un acto administrativo cuando estime que éste le causa un agravio por ser no fundado o ilegítimo.

Siguiendo la opinión doctrinal más aceptada, en atención a la autoridad ante el cual se interponen los recursos administrativos, éstos se pueden clasificar en recursos de reconsideración y recursos de revisión. Los primeros son los que se interponen ante la propia autoridad que emite el acto y, los segundos, los que se interponen ante la autoridad jerárquica superior a la que emite el acto.

En la ley federal de procedimiento administrativo, se establece el recurso de revisión como único recurso. En su artículo 83 se dispone que los interesados

afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, podrán interponer el recurso de revisión. Según se indica en su artículo 86, el escrito de interposición del recurso de revisión deberá presentarse ante la autoridad que emitió el acto impugnado y será resuelto por el superior jerárquico, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso será resuelto por el mismo. El recurso de revisión podrá interponerse también en contra de actos o resoluciones de autoridad de los organismos descentralizados federales, de sus servicios y de sus contratos que celebre con particulares.

Cabe advertir, sin embargo, que esa ley no es aplicable a las materias de carácter fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al ministerio público en ejercicio de sus funciones constitucionales, según se previene en el artículo 1º de la misma ley federal, inicialmente mencionada.

B. Terminación de la vía administrativa de defensa de los particulares

La vía administrativa de defensa del particular termina cuando el acto administrativo o resolución definitiva queda firme en todos sus efectos dentro del procedimiento administrativo en el que fue pronunciado. Quedan firmes en tres supuestos: 1) por no ser impugnado mediante el recurso administrativo correspondiente en el plazo previsto en la ley; 2) habiéndose interpuesto el recurso administrativo correspondiente, la autoridad administrativa dicta resolución administrativa que confirma el acto en todos sus efectos; y, 3) de no estar previsto algún recurso administrativo, el acto no se impugna mediante algún otro medio de defensa dentro del término señalado en la ley.

II. Medios de defensa de los particulares al agotarse la vía administrativa en materia federal. Juicio contencioso administrativo ante el tribunal federal de justicia fiscal y administrativa

Agotada la defensa del particular en la vía administrativa y sin obtener resolución favorable, el medio de defensa que el particular puede intentar para impugnar esta resolución, es el juicio contencioso administrativo.

Este juicio, tratándose de la materia federal nacional, se sigue ante el *tribunal federal de justicia fiscal y administrativa*, el cual es competente para conocer de los juicios que se promuevan en contra de las resoluciones o actos administrativos definitivos dictados por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, según se establece en el artículo

14, fracción XI, de la ley orgánica de este tribunal, publicada el diario oficial del 6 de diciembre de 2007. En este mismo artículo, en su antepenúltimo párrafo, se señala que las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de éste sea optativa.

A. Base constitucional del tribunal

Lo es la disposición del artículo 104, fracción I, reformada en 1968; así como la disposición del artículo 73, fracción XXIX-h, mediante reforma de 1987.

B. Antecedentes del contencioso administrativo y del tribunal

De manera somera, por las limitaciones propias del presente trabajo, primero nos ocuparemos de los antecedentes del contencioso administrativo en México y, posteriormente, de manera correlativa de los antecedentes del tribunal federal de justicia fiscal y administrativa.

1. Antecedentes del contencioso administrativo

El estudio de los antecedentes del contencioso administrativo se remonta a la constitución de Cádiz de 1812 y se continúa con la constitución de 1824 y las constituciones subsecuentes del México independiente.

Constitución de Cádiz. Influencia francesa con su consejo de estado.- El consejo de estado tenía como antecedente el “consejo del rey” que era un órgano con atribuciones para conocer de controversias y reglamentos administrativos. con el triunfo de la revolución francesa, en 1790 la asamblea revolucionaria de representantes crea el consejo de estado francés con atribuciones para elaborar proyectos de leyes y reglamentos y conocer de de los actos de la administración, competencia que se fue ampliando con base en la jurisprudencia que sostenía que las controversias administrativas sólo eran de la competencia del consejo, sobre la base de la separación de las funciones judiciales y administrativas, donde las primeras no deben intervenir en las segundas.

Constitución federal de 1824.- Instituyó un consejo de gobierno con atribuciones para expedir dictámenes en las consultas que hiciese el presidente de la república.

Siete leyes centralistas de 1836.- En la quinta ley se establecía que la suprema corte de justicia era competente para conocer de disputas sobre contratos o negociaciones celebrados por el supremo gobierno.

Bases orgánicas de 1843.- El artículo 118 señalaba que eran atribuciones de la suprema corte de justicia conocer de juicios sobre contratos autorizados por el gobierno y sobre demandas de partículas contra los departamentos. Asimismo, se señalaba en el artículo que subsistirían los tribunales especiales de hacienda, comercio y minería.

Bases constitucionales de 1853.- En el artículo 1º se instituía un consejo de estado en calidad de órgano de consulta de los ministerios del gobierno, con facultades para expedir dictámenes para cada una de las ramas administrativas. En el artículo 4º se disponía que en el consejo de estado habría una sección encargada de lo contencioso administrativo. Cabe aclarar que el consejo no actuaba como órgano jurisdiccional sino como simple órgano administrativo bajo la forma de justicia retenida.

Constitución de 1857.- La interpretación al sistema constitucional durante la época de la constitución de 1857, fue en el sentido de que el sistema era inconsistente con la creación de tribunales administrativos. El criterio interpretativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustentado en los votos del ministro Ignacio Vallarta, sostenía que el conocimiento por las autoridades administrativas del contencioso gubernativo era contrario a la constitución, porque sería violatorio de la misma que alguna ley ordenara que la autoridad administrativa juzgue.

Constitución de 1917.- No obstante, en 1936 se da un cambio en la legislación al expedirse la ley de justicia fiscal que crea el tribunal fiscal de la federación, apartándose de las interpretaciones tradicionales al considerarse posible el establecimiento de tribunales administrativos, sin contravenir la constitución.

La suprema corte de justicia sostenía ahora el criterio de que el cobro de los impuestos debe concretarse a través de mandamientos unilaterales que para su validez y cumplimiento no requerían de la determinación previa de los órganos jurisdiccionales, dejando a salvo el derecho de los particulares para oponerse en la vía jurisdiccional a esos mandamientos. Asimismo, la jurisprudencia mexicana fue sosteniendo el criterio en el sentido de que las leyes podían establecer medios de defensa del particular para interponerse ante autoridades diversas de las autoridades judiciales, reconociendo la constitucionalidad de procedimientos contenciosos de índole jurisdiccional aun cuando se tramitasen ante autoridades administrativas.

2. Antecedentes del tribunal

El tribunal surge con la denominación ya mencionada de tribunal fiscal de la federación, habiendo sido creado por la ley de justicia fiscal del 27 de agosto de 1936, como un órgano de jurisdicción delegada del poder ejecutivo federal. El tribunal evoluciona en diversas etapas como en seguida se expone.

Primera etapa.- En principio, el TFF era un órgano de justicia delegada que dictaba sus resoluciones en representación del ejecutivo federal, pero con independencia de la secretaría de hacienda y de cualquier otro órgano administrativo.

Segunda etapa.- Se trata de la ley orgánica del TFF que entró en vigor el 1º de abril de 1967. El TFF deja de ser un órgano de justicia delegada representante del ejecutivo federal, al concederle plena autonomía para dictar sus fallos, pasando a ser un órgano con independencia jurisdiccional.

Tercera etapa.- La ley orgánica del TFF del 2 de abril de 1978, establece las bases para la desconcentración del tribunal, al crearse una sala superior y varias salas regionales distribuidas en once regiones del país, esta ley es reformada en 1981 y 1982.

Cuarta etapa. - La ley orgánica anterior fue substituida por la ley orgánica de del 15 de diciembre de 1995. Conforme a esta ley los magistrados de la sala superior y de las salas regionales del TFF podrían ser designados nuevamente por un período de nueve y seis años, respectivamente, y después de este período serían inamovibles. Con la reforma a esta ley del año 2000, se amplía considerablemente su competencia, pasando de tribunal fiscal a ser un tribunal en materia administrativa cambiando su denominación por la de

3. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Quinta etapa. Situación actual.- En el diario oficial de la federación del 6 de diciembre de 2007, se publicó la ley orgánica del tribunal de justicia fiscal y administrativa que está vigente actualmente, con la cual se instituye la junta de gobierno y administración del tribunal. Según se dispone en el artículo 39 de la ley, esta junta es un órgano del tribunal que tendrá a su cargo la administración, vigilancia, disciplina y carrera jurisdiccional, y contará con autonomía técnica y de gestión para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

A manera de innovación, se establece en esta la ley el requisito de la evaluación previa por la junta de gobierno y administración del tribunal para

el nombramiento de magistrados, se instituye la carrera jurisdiccional para la profesionalización del servicio, se incrementa el número de magistrados de la sala superior, se amplía la competencia del tribunal, se crean salas regionales especializadas. Mediante reforma publicada el 12 de junio del presente año, 2009.

Asimismo, se instituye el **sistema de juicio en línea** para la substanciación y resolución del juicio contencioso administrativo **federal** en todas sus etapas. el **sistema de justicia** en línea, se define en la ley como el **sistema** informático establecido por el **tribunal federal de justicia** fiscal y administrativa a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso. Esta reforma entrará en vigor después de 18 meses de su publicación (enero 2011).

C. Características del juicio contencioso administrativo que se sigue en el tribunal

Se trata de un proceso con similitudes al proceso civil compuesto de dos partes: la instrucción y el juicio. La instrucción se divide en tres etapas: 1) Postulatoria, en la cual se presenta y se contesta la demanda; 2) Probatoria, en la cual se ofrecen, admiten y desahogan las pruebas; 3) Reconclusiva, en la que se formulan los alegatos. El juicio es la parte final del proceso y es en la que se dicta la sentencia definitiva.

D. ¿Juicio de anulación o juicio de plena jurisdicción?

Por la naturaleza misma de litigio entre un particular y una autoridad administrativa, existe una antigua discusión acerca de la naturaleza del juicio. algunos tratadistas consideran que sólo es un juicio de anulación porque el propósito del mismo es la de anular los actos o resoluciones materia del proceso, sin embargo, otros opinan que es un juicio de plena jurisdicción porque dentro del mismo, además de la anulación, conforme a la ley federal del procedimiento contencioso administrativo, con la sentencia definitiva del tribunal se puede condenar a la autoridad demandada a resolver para el efecto de que modifique la resolución impugnada o, bien, de que dicte una nueva siguiendo los lineamientos que el tribunal le indique en su sentencia.

Para nosotros, el poder de plena jurisdicción se tiene cuando el órgano jurisdiccional dispone de medios de apremio para hacer cumplir sus resoluciones, aun forzosamente. Es el caso de los tribunales del amparo del poder judicial que conforme a lo dispuesto en el artículo 107, fracción XVI, de la constitución federal, cuando hayan conocido del juicio de **amparo** harán

cumplir la ejecutoria dictando las órdenes necesarias a ese fin, pero que después de agotar todos estos **medios** sin resultados positivos, tienen facultades para solicitar el auxilio de la fuerza pública para lograr la cumplimentación.

Esta condición no resulta clara en la ley federal del procedimiento contencioso administrativo, donde el artículo 58 establece la posibilidad de que la autoridad que conozca del juicio contencioso administrativo correspondiente podrá adoptar medidas de apremio consistentes en la imposición de multas al funcionario incumplido o, en su caso, a su superior jerárquico; y que de no lograrse el cumplimiento de la resolución por estos medios, establece que podrá hacer del conocimiento de la contraloría interna correspondiente los hechos para que se determine la responsabilidad del funcionario incumplido; y sea este órgano el que aplique las sanciones ya dictadas previamente.

III. Posibilidad de defensa de los particulares ante el Tribunal del Amparo al agotarse la vía administrativa. Excepción al principio de definitividad

Se trata de los casos de excepción previstos en el artículo 73, fracción XV, de la ley de amparo, en el que se señala que *no resulta obligatorio para el particular agotar el medio de defensa previsto en las leyes para su defensa*, cuando de conformidad con esas leyes se suspendan los efectos del acto reclamado mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, pero exigiendo mayores requisitos que los que la ley de amparo consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esa ley.

IV. El sinuoso camino del amparo en materia administrativa en México

Como es sabido el Amparo se traduce en la tutela de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en general, de todo el Sistema Jurídico Mexicano, a través de la garantía específica de legalidad inserta en los artículos 14 y 16 constitucionales. De ahí que la materia administrativa es parte de la protección que se brinda a través del amparo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existen dos tipos de juicio de Amparo, a saber:

a) Amparo indirecto. Este se promueve ante los Juzgados de Distrito, o excepcionalmente, ante los Tribunales Unitarios de Circuito, y está regulado

por el título segundo de la Ley de Amparo. Mayoritariamente se compone de dos instancias, motivo por el cual se le conoce también como amparo biinstancial.

De lo dispuesto en el artículo 114 de la ley de la materia de Amparo, se advierte que, en términos generales, procede contra actos de autoridad que no tengan el carácter de *sentencias definitivas*, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio dictadas por tribunales judiciales, *administrativos* o del trabajo.

b) Amparo directo. Conocen de él los Tribunales colegiados de Circuito y se rige por el título tercero de la ley de la materia de Amparo. Normalmente se sustancia en una sola instancia, por lo que se le denomina también amparo uniinstancial.

De conformidad con el artículo 158 de la Ley de Amparo, éste procede en contra de *sentencias definitivas* o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, *administrativos* o del trabajo, *respecto de los cuales no proceda algún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados.*

PRIVATIZACIÓN, DESREGULACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO: EL NUEVO MARCO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Jorge Fernández Ruiz

I. Introducción

La historia del Estado y de sus relaciones con la sociedad y con el individuo es la reseña de un proceso dialéctico evidenciado en la transformación incesante del ente estatal y en el cambio continuo del conglomerado social que lo genera. Empero, en la crónica de esta perpetua mutación, se advierte una constante, representada por su protagonista de siempre: el hombre.

En los avatares del desarrollo dialéctico del Estado y de sus relaciones con la sociedad se puede observar cómo varían los roles asignados al hombre y al Estado, de acuerdo con la ideología dominante en la sociedad. En el aspecto socio económico, la ideología va a delinear el perfil del Estado para caracterizar sus prototipos más peculiares, como el esclavista, el feudal, el absolutista, el liberal, el totalitario, el socialista, el intervencionista, y el neoliberal, por ejemplo.

En el espectro ideológico se sitúa en un extremo la tesis individualista, conforme a la cual el todo debe subordinarse a la parte, o sea: el Estado al servicio del individuo; en el extremo contrario se ubica la pretensión de someter la parte al todo, es decir, la teoría totalitaria del hombre al servicio del Estado.

En el esquema individualista que preconiza la libertad y la igualdad, el mejor Estado es el menor Estado, pues su papel se reduce al de gendarme y se concreta a cumplir la fórmula liberal *laissez faire, laissez passer*.

Llevado a su extremo, el esquema liberal provoca la anarquía, en la cual, en aras de la libertad, de la libre empresa y del libre cambio, el hombre pierde su fin en sí mismo y pasa a ser un bien equiparable a cualquier otro de los que están en el mercado, en un proceso en que los individuos económicamente poderosos aplastan o, en el mejor de los casos, utilizan a los débiles desamparados.

En el modelo totalitario, tanto fascista como comunista, el Estado se diviniza y el hombre pasa a ser un elemento a su servicio. La planificación y la actividad

del Estado sustituyen a la iniciativa y a los quehaceres individuales y sociales; el ámbito de la libertad humana se reduce a una mínima e insignificante expresión, como se resume en la conocida frase de BENITO MUSSOLINI: “Nada fuera del Estado, nada contra el Estado, todo en el Estado.”

Entre ambos extremos ideológicos se establecen las teorías eclécticas que proponen, en mayor o menor medida, la intervención del Estado en el ámbito socioeconómico. Ahí destacan las socialistas, las comunistas y las basadas en la solidaridad.

Las teorías socialistas, y las comunistas con mayor énfasis, se pronuncian porque los medios de producción de bienes y de servicios queden a cargo del Estado, que de esta manera asume el manejo y control de las actividades socioeconómicas.

Conforme a las ideas del solidarismo, cuya esencia podría resumirse en la expresión “todos vamos en el mismo barco”, la parte tiende a unirse a sus semejantes para constituir un todo al servicio del bien común, en beneficio potencial de todas las partes. Consecuentemente, el Estado no puede ni debe concretarse a ser simple policía, reducido a vigilar que el quehacer de los agentes sociales no dañe la libertad o los derechos de otros, ni perjudique o altere el orden público, como lo postula el pensamiento liberal.

En el esquema del solidarismo, de vigilante y guardián, el Estado deviene interventor y se convierte en promotor de la justicia, en un afán de corregir la justicia distributiva ocasionada por la libertad, a cuyo efecto regula, redistribuye, rectifica, orienta y planifica los fines de la actividad social.

De acuerdo con la tesis solidaria, se dice que la incapacidad del hombre para valerse por sí mismo en algunas etapas de su vida, le conduce a una permanente convivencia social, la cual le impone un deber de solidaridad que permea al individuo y a la sociedad hasta llegar a la organización política para dar paso al Estado solidario, sin duda un estado intervencionista que debe ser, por antonomasia, el Estado de derecho.

Quienes promueven el solidarismo afirman que el Estado, lejos de ser un simple gendarme, garante del “dejar hacer y dejar pasar”, se debe preocupar por satisfacer las necesidades de carácter general de la mayoría de la población, mediante la prestación de los correspondientes servicios públicos, ya sea directamente por la administración pública, o bien por particulares bajo un régimen de delegación de desarrollo de las actividades respectivas como puede ser la concesión, solución, esta última, que evita la marginación de la iniciativa privada en el proceso socioeconómico.

Una corriente del solidarismo, encabezada por LEÓN DUGUIT, demandó la intervención del Estado, con apoyo en la solidaridad social, y buscó mantener la convivencia humana, mediante la asignación de obligaciones tanto a los gobernantes como a los gobernados.

Según esta versión de la teoría de la solidaridad social, las obligaciones o deberes de los gobernantes, vienen a ser los servicios públicos, de suerte que conforme crece la solidaridad social aumentan los deberes de los gobernantes y, por ende, los servicios públicos, cuyo aseguramiento, organización y control queda a cargo del Estado que, según LEÓN DUGUIT, fundador de esta corriente, “es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”¹.

La noción del servicio público, a principios del siglo XX, adquirió una importancia capital en algunos países, merced a los planteamientos de GEORGE STEISSIER, LEÓN DUGUIT, GASTÓN JÉZE, MAURICE HAURIU, ERICO PRESUTTI y ARNOLDO DE VALLES, entre otros autores, algunos de los cuales empezaron a publicar sus ideas acerca de este asunto, desde finales del siglo XIX.

Por otra parte, también los legisladores se adueñaron de la locución servicio público, utilizándola con muy distintas acepciones y significados aun en un mismo ordenamiento legal, al grado que la expresión servicio público o servicios públicos se encuentra a cada momento, tanto en los textos constitucionales, como en los artículos de las leyes y de los reglamentos, de donde ha pasado a la vida cotidiana a través de los medios de comunicación masiva, en los que no hay día en que no se mencionen a los servicios públicos.

Sin embargo, la doctrina de mediados del siglo XX no sólo impugnó la noción de servicio público de sus antecesores inmediatos sino que le escatimó tiempo y espacio, lo cual propició un estancamiento en la investigación jurídica de este tema, que en tales condiciones poco pudo avanzar en el desentrañamiento de la esencia del servicio público; pareciera que se hubiese llegado al término de su investigación, asignándose a su noción un sitio mucho más modesto que el otorgado por la doctrina a principios del siglo.

Por tal motivo, pasada la euforia inicial desatada por el lanzamiento de la tesis duguitiana del servicio público, la noción enjuto su dimensión, disminuyó su peso, redujo su importancia en el plano de la teoría jurídica y de la administrativa, lo cual no obsta para que al establecimiento, operación y mantenimiento de los servicios públicos se apliquen, hoy en día, recursos sumamente cuantiosos.

¹ DUGUIT, L.: *Manual de derecho constitucional* (trad. José G. Acuña), Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, pág. 71

Inició en el estancamiento de la investigación del servicio público el desgaste del Estado solidario o intervencionista y su retroceso frente al Estado neoliberal, pues tras de haber vivido el apogeo de su aceptación al ser considerado a escala planetaria, necesario y positivo, a fines de la década de los setenta, se inició una reacción mundial con un giro de 180 grados, provocado por el movimiento neoliberal que, aprovechando el desgaste del Estado solidario y de sus vicios evidentes de obesidad, burocratismo y regulación excesiva, proclamó el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa, la huida del derecho administrativo, la obsolescencia de la noción del servicio público y su sustitución por la de servicio universal, así como la privatización de muchas instituciones y actividades públicas, bajo la divisa “La privatización es la idea fuerza del momento”².

El avance del movimiento neoliberal –ahora ya en retroceso– coincidió más tarde con la quiebra espectacular del sistema comunista.

Mas, independientemente del valor, tamaño y peso que la doctrina asigne a la noción de servicio público, que para LEÓN DUGUIT y sus seguidores sustituye a la soberanía en la idea del Estado y es el fundamento de todo derecho público, o al menos el eje del derecho administrativo, y para otros –como HENRI BERTHÉLEMY–, en cambio, carece de importancia, los servicios públicos representan una realidad importantísima tanto en el derecho positivo como en la actividad económica del mundo de nuestro días.

En efecto, miles de millones de personas satisfacen cotidianamente sus necesidades de diversa índole, pero de carácter general o colectivo, mediante el aprovechamiento de los servicios públicos de educación y salud, de suministro de energía eléctrica, de gas y de agua potable; de recolección de basura y de desecho de aguas residuales; de teléfono, de correo; de transporte en sus distintas modalidades: aéreo, marítimo, ferroviario, carretero y, por supuesto, transporte urbano; de mercados, rastros y centros de abasto; de panteones y demás servicios funerarios; de banca y crédito, de televisión y radiodifusión; y de alumbrado público, para no mencionar sino los más comunes.

Por otra parte, como puede comprobarse con facilidad, las instituciones jurídicas que penetran tanto en el ordenamiento legal como en la conciencia popular, son aquéllas que identificadas con la protección de los intereses generales de la sociedad y de la satisfacción de las necesidades individuales –de carácter general o colectivo–, son comprendidas por la mayoría de sus miembros, y dominadas por quienes tienen a su cargo la elaboración de su marco jurídico, o su instrumentación en la práctica.

² BARRA, R. C.: “Conferencia en el Colegio de Abogados de Buenos Aires”, en: MERTEHIKIA, E.: *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1992, pág. 5.

Indiscutiblemente, la noción de la institución jurídica del servicio público ha calado hondo en la conciencia popular de todas las latitudes, como lo demuestra el reclamo unánime de los miembros de cualquier comunidad que se respete, traducido en la exigencia de contar con los servicios públicos que satisfagan continua, adecuada, uniforme y regularmente sus necesidades de carácter general.

En cambio, esta misma institución del servicio público no penetró en la normativa jurídica del siglo XX con la misma profundidad que en la conciencia popular, porque a pesar de mencionarse reiteradamente en un gran número de textos jurídico normativos, con frecuencia se soslayó acotarlos y precisarlos en ellos.

Actualmente, el globalizado mundo de nuestros días, agobiado por una severa crisis financiera y económica que acrecienta en millones y millones el número de personas azotadas por el flagelo de la miseria, acusa el fracaso del neoliberalismo y de sus instrumentos de desregulación y autorregulación que confiaron a la mano invisible y artrítica del mercado la determinación de los precios de los bienes, incluidos los de primera necesidad, y de los servicios públicos, lo cual propicia el regreso del Estado social de derecho y la reivindicación del servicio público.

II. Surgimiento de la noción de servicio público

En el siglo XIX, la idea del servicio público emergió en Francia, en el ámbito jurisprudencial, como un subproducto del deslinde de competencias. En España es también un producto marginal, originado al regularse la desamortización de los bienes eclesiásticos. Un aporte importante para el desarrollo definitivo de la noción del servicio público lo constituyen sin duda alguna las conclusiones del comisario de gobierno DAVID y el correspondiente *arrêt* Blanco del Tribunal de Conflictos, de fecha 8 de febrero de 1873. Como factores que propician de manera relevante la gestación de la idea del servicio público podemos citar:

- La teoría de la separación de poderes o separación de funciones del poder público.
- El desarrollo tecnológico que entraña la revolución industrial.
- La secularización de las actividades eclesiásticas relativas a la salud, la educación y el bienestar social.
- La apertura al público de la *posta real*.
- La desamortización de los bienes eclesiásticos.
- El intervencionismo del *Welfare State* o Estado de bienestar.
- La creación de una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción judicial y de la administración activa.

- La necesidad de dar fundamento a la atribución administrativa del gobierno.
- La necesidad de contar con una pauta para el reparto de competencias entre los órganos administrativos y judiciales.

III. Recepción en México de la noción de servicio público

En México, la locución *servicio público* se recibió a través de la Constitución de Cádiz de 1812, como sinónimo de ramo de la administración pública, siendo la Constitución de 1857, el primer texto constitucional que la utiliza.

La idea del servicio público llega a la Nueva España en pleno despotismo ilustrado, en la época de Carlos III, envuelta en las tendencias de secularización de actividades y bienes eclesiásticos inherentes a la expulsión de los jesuitas.

Aun sin utilizar la expresión “servicio público”, la idea respectiva subyace en diversas disposiciones de la Constitución española de 1812 del Reglamento Político del Imperio iturbidista y de la constitución mexicana de 1824.

La secularización de actividades eclesiásticas para convertirlas en servicios públicos se intenta en México durante la estancia del doctor GÓMEZ FARÍAS en la Presidencia de la República en 1833.

La noción de servicio público tiene una aparición tardía en la doctrina mexicana; el primero en ocuparse de ella con alguna profundidad, por cierto para impugnarla, es el maestro GABINO FRAGA, en su obra clásica *Derecho administrativo*, cuya primera edición aparece ya en el segundo tercio del siglo xx.

Quien primero promueve la idea del servicio público en México y divulga su noción es el profesor ANDRÉS SERRA ROJAS en su libro intitulado *Derecho Administrativo*

IV. Corrientes doctrinales en torno al servicio público

La doctrina registra la conformación de cuatro corrientes en torno al tamaño, peso e importancia de la noción del servicio público, a saber: *i.* teorías que consideran al servicio público como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes; *ii.* teorías que interpretan al servicio público, como toda actividad de la administración pública; *iii.* teorías que entienden al servicio público, como una parte de la actividad de la administración pública; *iv.* teorías que conceden escasa o ninguna importancia a la noción de servicio público.

Por otra parte conviene enfatizar que la configuración y el diseño de la noción de servicio público se han visto afectados seriamente por un problema de carácter semántico, cuya consecuencia consiste en denominar de distinta manera una misma actividad; por tal motivo, lo que para unos autores es servicio público, para otros viene a ser función pública o cometido esencial, que con esos y otros nombres llaman a una misma actividad, sin ponerse de acuerdo en ese “diálogo de sordos” a que se refiere Waline, en el que “no hay posibilidad de entendimiento cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras”³.

Otro punto altamente controvertido en la tarea de configurar la noción de servicio público ha sido el determinar si el acento público lo pone el órgano que presta el servicio, o la necesidad cuya satisfacción pretende, o el régimen jurídico al que se somete, o si e la ley la que lo imprime.

Pese a tanta controversia en torno a la noción del servicio público, se da una realidad innegable: el derecho positivo de muchos países del mundo, acorde con la corriente doctrinaria que considera servicio público a tan sólo una parte de las actividades de la administración pública, ha asignado dicho carácter a un número importante de actividades que son desempeñadas directamente por las instituciones públicas, o se delega su realización a los particulares mediante el régimen de concesión.

No obstante que haya quien niegue importancia a dicha noción, resulta impresionante la cantidad de recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados a la instalación y funcionamiento de los servicios públicos.

V. Modelos y fines del Estado

La ideología predominante en cada Estado determina su finalidad, su telos, y éste, a su vez, señala el rumbo de sus actividades. Al *telos* del Estado le llama la doctrina de diferentes maneras: fines, atribuciones, cometidos, son algunas de ellas. El *telos* del Estado se persigue y se alcanza mediante la realización de diversas actividades.

En las dos últimas décadas del siglo XX y en el primer lustro del XXI se advirtió una eufórica tendencia universal de reprivatización, al amparo de la consigna neoliberal de adelgazar al Estado, la cual se siguió irreflexivamente en muchos países, bien por sentido de imitación, ya por presiones de los organismos financieros internacionales controlados por los Estados poderosos.

³ WALINE, M.: *La noción de servicio público*, op. cit., Pág.1.

Debe tenerse presente qué tan malo es que el Estado crezca desmesurada e improvisadamente, lo mismo para producir bebidas alcohólicas, pantalones, bicicletas y autobuses, que para administrar bares, centros nocturnos y hoteles, por ejemplo; como malo es también que el Estado vuelva a enfundarse en el uniforme de gendarme y se desentienda no sólo de actividades económicas que no debió asumir nunca, por ser atendibles por los particulares, sino de servicios públicos en estricto sentido y de actividades estratégicas, y hasta de funciones públicas que por su naturaleza no deben ser delegables.

Por tanto, debe buscarse el justo medio entre el solidarismo social desmesurado y el *laissez faire, laissez passer*, para que el Estado permita al individuo su cabal desarrollo personal, con irrestricto respeto a su dignidad y por ende a sus derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos y sociales, sin descuidar los de la llamada tercera generación.

VI. Caracteres esenciales del servicio público

Se identifica el servicio público por estar dotado de ciertos caracteres jurídicos esenciales sin los cuales se desnaturaliza o desvirtúa, ellos son los de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, y obligatoriedad, los cuales han merecido el consenso general de la doctrina.

Consiste la generalidad o universalidad del servicio público, en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio.

La igualdad o uniformidad estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos los usuarios del servicio público, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma. Tanto la generalidad como la igualdad del servicio público son reconocidas y apoyadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de tortura.

En virtud del carácter esencial de regularidad, el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula, la cual debe ser exorbitante del derecho ordinario.

Merced al carácter esencia de la continuidad, el servicio público no debe interrumpirse dentro de los horarios o circunstancias previstos en su propia

regulación, o sea, prestarse conforme al calendario-horario predeterminado para su prestación.

Algunos autores señalan otros presuntos caracteres esenciales del servicio público, que en rigor no lo son, entre los que mencionan el carácter de gratuidad, mismo que en mi opinión no puede considerarse como tal, porque el servicio público a cargo de particulares, por definición está animado por el propósito de lucro, lo cual es antinómico de la gratuidad.

VII. Elementos esenciales del servicio público

Al margen de sus caracteres jurídicos esenciales, el servicio público se integra mediante un conjunto de elementos indispensables, sin cualquiera de los cuales no es posible su existencia y prestación.

Sin una necesidad de carácter general que satisfacer, el servicio público es un absurdo, porque de ser erigido como tal por una ley, sería sólo la evidencia de un capricho o de un error del legislador, consistente en denominar con ese rótulo a algo distinto al servicio público que invariablemente se debe destinar a satisfacer una necesidad de carácter general. Por ello, dicha necesidad, es elemento indispensable en el servicio público.

La actividad mediante la cual se satisface la necesidad de la que nace, es otro elemento indispensable del servicio público, porque evidentemente ésta no puede satisfacerse sin realizarse la actividad indicada para ello, la cual debe ser técnica y satisfactoria.

Otro elemento indispensable del servicio público son los usuarios, por ser ellos quienes tienen la necesidad cuya satisfacción constituye su finalidad; sin usuarios, la actividad sería estéril y, por tanto, el servicio injustificado.

El servicio público requiere indispensablemente de la intervención estatal, porque sólo mediante ella se puede crear el régimen jurídico especial —que también es elemento indispensable del servicio público—, al que debe someterse la prestación del servicio para que puedan darse sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad, y continuidad.

Un elemento obviamente indispensable del servicio público es el sujeto a cuyo cargo está su prestación, porque no puede haber servicio sin alguien que lo preste.

También figuran como elemento indispensable del servicio público los recursos requeridos para tal efecto, desglosables en recursos humanos, materiales y financieros, cuya obiedad no requiere comentarios adicionales.

VIII. Definición del servicio público

Definir es expresar en forma breve, precisa y completa lo que debe entenderse por una cosa o explicar el significado de un concepto. En este entendido se propone la siguiente definición:

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer, de manera uniforme y continua, una necesidad de carácter general, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.

IX. Servicio público propio y servicio público impropio

En el sentido que empleo en esta ponencia, el servicio público viene a ser, pues, una actividad destinada a satisfacer una necesidad de carácter general bajo un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado. Si tal actividad la reconoce la ley como servicio público, entonces se atribuye a la administración pública, ya para que la desempeñe directamente o, bien, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución, por ejemplo, bajo el régimen de concesión, estaríamos, según el profesor ARNALDO DE VALLES, frente a un servicio público en estricto sentido, o sea propiamente dicho. Mas, si dicha actividad 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, en cuyo caso estaríamos entonces, ante un servicio público impropio o virtual.

No es la ley la creadora del servicio público impropio o virtual, pues éste deriva de un permiso, licencia o —como también se le suele llamar—, de una autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada destinada al público, o sea —a diferencia de la actividad comercial ordinaria—, con obligación de realizarla en servicio de quienquiera que lo solicite, y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que incluye, por regla general, la fijación de una tarifa obligatoria.

En México, el artículo 28 constitucional previene que “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.” Consecuentemente las actividades no sujetas por ley a régimen de servicio público, pero destinadas a satisfacer necesidades de carácter general y sometidas a régimen de servicio público, serán servicios públicos impropios o virtuales, como ocurre con la banca —que durante un tiempo fue servicio público propiamente dicho—; la radio y la televisión —que

en otros países se consideran como servicios públicos propios—, entre otros. En cambio, algunos servicios públicos, como el de los taxis, que en el Distrito Federal se consideran como “propios”, en otros países, se les tiene como servicios públicos impropios o virtuales.

X. Vigencia actual del servicio público

En el globalizado mundo de nuestros días, es un hecho incontrovertible 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 redundando 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; las referidas potencias extranjeras exportan industrias maquiladoras para evitarse problemas de degradación del ambiente, en tanto que México las importa, junto con el riesgo del manejo de sustancias tóxicas y peligrosas; por ello, los intereses de la Coca Cola, de la Mc Donald's y de la Texaco no son los mismos intereses de los mexicanos y de las auténticas empresas de México.

Traigo a colación la anterior reflexión, porque, en el ocaso del siglo XX, algunos autores plantearon la idea de que el servicio público había 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 señaló: “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”⁴.

Mas la opinión, muy respetable, del distinguido jurista español, quizá pudiera 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.

⁴ ARIÑO ORTIZ, G.: “Significado actual de la noción del servicio público”, *El nuevo servicio público*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 18.

Hace ya dos y medio siglos que el célebre ginebrino JUAN JACOB ROUSSEAU acuñara en las páginas de *El contrato social*, la expresión ‘servicio público’ –que años después se volvería moneda corriente en el léxico jurídico-político–, con un significado de actividad personal obligatoria en beneficio del Estado, al afirmar: “Desde el instante en que el servicio público deja de ser el principal interés de los ciudadanos y que prefieren servir con su bolsa, antes que con su persona, el Estado se encuentra ya cerca de su ruina”⁵.

Si bien es cierto que la expresión ‘servicio público’ aparece en las páginas de *El contrato social*, publicado por vez primera en 1762, también lo es que durante un siglo la idea del servicio público deambuló por los textos legales, jurisprudenciales, doctrinales y legales, como una nebulosa sin rumbo fijo, por no ser más que una idea ubicua e imprecisa.

Hace cuatro años, el 16 de diciembre de 2005, se cumplió el sesquicentenario de la emisión, en Francia, del *arrêt* 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 *arrêt* 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*⁶, en clara adhesión a las ideas de referencia, conforme a las cuales el servicio público emerge como un subproducto del deslinde de competencias.

Las ideas y nociones del *arrêt* Blanco sobre el servicio público, una vez redescubierto por TEISSIER, 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 *arrêt* Feutry.

Con el paso del tiempo, la noción del servicio público no se redujo a 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 el profesor de la Universidad de Burdeos, LEÓN DUGUIT, fundador de la llamada Escuela de Burdeos, consideró a la noción del servicio público sustitutiva del concepto de soberanía, como fundamento del derecho público, porque en su opinión “El Estado no es

⁵ ROUSSEAU, J. J.: *El contrato social*, trad. Consuelo Berges, 7ª ed., 1965, pág. 174. Hay quienes sugieren que el bayonés naturalizado español, FRANCISCO CONDE DE CABARRÚS (1752-1810), fue el primero en utilizar la expresión ‘servicio público’. Vid. VILLAR EZCURRA, J. L.: *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pág. 20.

⁶ París, Paul Dupont, Editeur, 1906.

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”⁷.

La desmedida importancia y magnitud que DUGUIT pretendió dar a la noción de servicio público, no pudo mantenerse por mucho tiempo, como se comprueba actualmente en México, donde se le considera como una parte de la actividad de la administración pública.

Se agrega 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”⁸.

En México, ha logrado consenso considerar al servicio público –en una de sus acepciones–, como una actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales iguales, 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, entre otros.

Sin embargo, 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 remuneración, o sea, de empleo o cargo público remunerado o no, de actividad a desarrollar en ejercicio del poder público, así como de organización de medios para desempeño de tareas gubernamentales o logro de fines estatales.

⁷ DUGUIT, L.: *Las transformaciones del derecho público*, trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, pág. 85.

⁸ WALLINE, M.: “La noción de servicio público”, *La Ley*, t. 75, julio-septiembre, Buenos Aires, 1954, pág. 1.

Entendido como actividad destinada a satisfacer 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 redundaría en una división del trabajo, en una reducción del costo de la satisfacción y una mayor calidad del mismo; por ello debe figurar entre los objetivos del Estado mexicano –con 61 de los 107 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.

Se entiende por función pública, la actividad esencial y mínima del Estado, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad –de donde su índole indelegable–, cuya realización atiende al interés público. Es una actividad esencial, porque si el Estado no la ejerce, tiende a desaparecer. En la función pública se pueden distinguir distintas clases, entre las que destacan la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. Con gran acierto, el respetado jurista argentino MANUEL MARÍA DÍEZ planteó que “el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial”⁹.

En cambio, el servicio público, siendo una actividad muy importante, no es esencial para el Estado; además los propósitos de ambas categorías son diferentes: la función pública trata de satisfacer necesidades públicas, entendidas como necesidades de las personas públicas, como el Estado y el municipio, en tanto que el servicio pretende satisfacer necesidades individuales generalizadas, o sea, de carácter general.

Como apuntara el profesor español JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS, las funciones públicas “están de tal forma unidas a la esencia del propio Estado que solamente él puede desarrollarlas directamente. Aun aceptando un criterio pluralista, tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal, y únicamente el grupo soberano, es decir, el Estado, las asume y las ejerce directamente”¹⁰.

En tanto que, el servicio público entraña la aspiración solidaria de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones

⁹ DÍEZ; M. M.: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1979, t. III, pág. 187.

¹⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, t. II, vol. I, págs. 39 y 40.

que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica que satisfaga la necesidad de carácter general, en la que cada quien puede identificar su propia necesidad individual.

XI. El servicio universal

En el contexto de la huida del derecho administrativo, de la desregulación, de la privatización y de la sustitución de servicios públicos propiamente dichos por servicios públicos virtuales, paralelamente al intento de sepultar la institución del servicio público, se ha tratado de impulsar la noción del *servicio universal*, surgida en el campo de las telecomunicaciones, y ampliada al ramo del correo, con miras a evitar —o aminorar el número de casos— que la prestación privada de un servicio considerado como básico, antaño atribuido a la administración pública, se niegue a usuarios de ciertos sectores o zonas por razones de rentabilidad.

Por ejemplo, en España, en los términos del artículo 22 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se entiende por servicio universal, “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible.” Previene, además, que bajo el concepto de servicio universal se deberá garantizar, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen por el Gobierno:

- Que todos los usuarios puedan obtener una conexión a la red telefónica pública que les permita efectuar y recibir llamadas y acceso a Internet.
- Que se ponga a disposición de los abonados una guía general de números de abonados.
- Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago.
- Que los usuarios con discapacidad puedan acceder a los mismos servicios en condiciones de equiparables al resto de usuarios finales.

En rigor, el concepto de servicio universal es equivalente al de servicio público impropio o virtual, dado que en ambos casos se trata de una actividad, no atribuida al Estado, encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario

XII. Reflexión final

Por lo menos en México, el estudio e investigación del aspecto jurídico del servicio público, en sus modalidades de propio, impropio o virtual, y universal, permitirá el mejoramiento de su marco legal y, por ende, su prestación podrá

ser más adecuada y efectiva, porque el legislador, al igual que el administrador, el controlador y el juzgador del servicio público, tendrán oportunidad de adquirir un mayor conocimiento de esta institución jurídica en sus diversos aspectos y diferentes versiones y especies.

El año de 2009 ha traído consigo una debacle económica, consecuencia del fallido Estado neoliberal, exacerbada por la crisis financiera global, circunstancia que reclama cancelar de inmediato la huida del derecho administrativo y enfrentar la crisis económico financiera global con un derecho administrativo global, reivindicador del servicio público y de una enérgica regulación que, en lo sucesivo, evite la especulación bursátil con recursos del público ahorrador; que impida la piramidación financiera y la simulación en la certificación de estados financieros; que ponga límite a las remuneraciones de funcionarios públicos; y que combata firme y eficazmente la corrupción. En fin, se requiere de un derecho administrativo global que apoye la creación de empleos, el poder adquisitivo de los salarios, y el desarrollo sustentable.

LA NUEVA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO

José René Olivos Campos

I. Introducción

En los tiempos actuales se redefine el papel que asume la Administración Pública del Estado en los procesos de cambio. Es la instauración de nuevas mejoras institucionales de la acción del gobierno en la sociedad democrática, que se propone modificar el intervencionismo improductivo, la planeación centralista e incumplida y los procedimientos privatizadores y de racionalidad presupuestaria que han producido deterioros sociales. Esto ha implicado que se genere un nuevo régimen jurídico para regular la administración estatal, en una nueva visión para gobernar en la democracia, orientada fundamentalmente a la rendición de cuentas, la ética pública, la profesionalización de la función pública y la participación ciudadana.

La reconstrucción de la naturaleza de la administración del Estado contemporáneo en el ejercicio del gobierno democrático, se enlaza con la capacidad de resolver problemas cada vez más complejos ante la diversidad de actores económicos, políticos, sociales y culturales que participan con distintos intereses y pretensiones que apuntan en distintas direcciones, que requieren de arreglos institucionales a fin de que no se tienda a conflictos irresueltos que confronten en luchas estériles que conduzcan a la inestabilidad social e incertidumbre. Es por ello que el gobierno democrático necesita probar la capacidad de gestión esperada, que otorgue resultados sociales y productivos, que mejore la calidad de vida a niveles adecuados frente a la brecha que existe entre la pobreza y la riqueza, con altos índices de inseguridad pública y desempleo.

En las presentes condiciones la nueva administración estatal se constituye en un asunto crucial que requiere la democracia gubernativa que permita cumplir con las responsabilidades públicas, en la legalidad y con eficacia operativa para incrementar la capacidad de respuesta a las exigencias sociales rezagadas y frente a los nuevos requerimientos.

II. La nueva administración pública

La administración pública experimenta transformaciones para el logro y el cuidado del bien común en los nuevos escenarios en que se intensifica la

optimización de la liberación del mercado, la interdependencia mundial y la democratización del poder.

Diversas experiencias nacionales muestran el impulso de la gestión pública que incorporan nuevos arreglos institucionales mediante la adopción de procesos que conducen a decisiones incluyentes y consensos. Ante las situaciones críticas del intervencionismo y la planificación estatal que presenta demoras o incumplimiento de políticas, objetivos o metas para atender las necesidades sociales y económicas en condiciones de incertidumbre económica y astringencia de los recursos públicos.

La reconstrucción de la gestión pública que constituye un asunto de importancia estratégica para la acción estatal, que se inscribe en el ejercicio del gobierno democrático, como la participación ciudadana en la consulta de los planes y programas gubernamentales, en la cogestión de servicios y obras públicas, así como en la iniciativa popular para la regulación de la vida social.

Esta tendencia es un nuevo enfoque de la gestión pública, con el que se construyen nuevos procesos, estructuras y formas de organización para responder a la magnitud de los problemas públicos, que se producen por la alternancia partidista en el poder, que genera la falta de continuidad en los programas de gobierno o la inconsistencia de la participación ciudadana en las acciones gubernamentales.

La nueva gestión pública es observable en diversos gobiernos nacionales que surge de la dirección gubernamental y apoyos políticos. Esta actuación se advierte en países como Australia, Italia, Holanda, Japón, Nueva Zelanda, entre otros. También, la nueva gestión pública se ha asumido como un medio para el mejoramiento de la función pública en las instituciones de los 29 países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que inclusive se ha constituido en la misma, el Comité de Gestión Pública, el cual formula estudios y recomendaciones para mejorar el desempeño de las instituciones de los gobiernos que son miembros de dicho organismo.

Esto manifiesta que la nueva gestión pública se inserta como una tendencia mundial en la búsqueda de alternativas que respondan a que la actuación gubernamental sea realizada con nuevas estrategias, perspectivas y métodos que fortalezcan la capacidad del gobierno para que se obtengan resultados observables a favor de la sociedad.

En contrastaste a la época en que se considero la importancia de la magnitud de la gestión racional de la planeación y de la gestión intervencionista del

Estado para conducir el desarrollo y que llevó a la reforma incremental y burocrática, basada en una concepción jerárquica, vertical y centralizada de las organizaciones públicas para atender las exigencias, cuyos rendimientos decrecientes, sociales y productivos, se expresaron por la crisis fiscal y financiera, por la inflación con recesión, por la excesiva regulación jurídica, la protección de los mercados nacionales y por los deterioros del bienestar social.

Son aspectos que producen la crisis irreversible del Estado centralizador, planificador e intervencionista, generada por las insuficiencias de los procesos de planificación que pretendían significar racionalidad de gestión y universalidad de consensos, por los efectos perniciosos de la gestión intervencionista y por la improductividad de las estructuras burocráticas para satisfacer los diversos requerimientos de la sociedad. Asimismo, constituyó una crisis de la gestión estatal, que tuvo saldos negativos y expectativas incumplidas. Lo que condujo a evaluar el sistema de la gestión pública y los resultados logrados.

En esta perspectiva, la nueva gestión pública se impulsa ante las disfunciones señaladas, que además se vincula para dar respuestas a la expansión de libertades políticas y económicas y a la magnitud de los problemas de atraso o deterioros sociales.

Es una nueva gestión pública que se enfoca más de cerca a los resultados en términos de eficacia y calidad de servicio; al reemplazo de las estructuras organizacionales centralizadas con un medio ambiente que descentralice la gestión, el cual prevea un espacio de participación ciudadana y de otros grupos sociales para colaborar y decidir la prestación de servicios que se requieren, así como evaluar su desempeño y los costos – beneficios¹, a la simplificación de los procesos del gobierno con ayuda de la tecnología; y, a la innovación de los instrumentos jurídicos centrados en la gestión, cuya reglamentación se basa en resultados, como la de mejorar la eficacia de la aplicación de normas reduciendo su costo (como las medidas para estimular a asalariados o consumidores)².

¹ SHAND, D.: "La nueva gestión pública: retos y temas en una perspectiva internacional", en Ensayos sobre la nueva Administración Pública, *Revista de Administración Pública*, México, número 91 (1996), págs. 82 y 83.

² El Ministerio de Administraciones Públicas de los países de la OCD, destaca la importancia de innovar la gestión reglamentaria como el calcular y controlar los costos de la reglamentación a fin de beneficiar a los ciudadanos o grupos de interés como el caso de Estados Unidos que calculó el costo total de la reglamentación anual que recaen sobre los ciudadanos, las empresas y las entidades locales, que para el año de 1992 representó un costo del 10 por 100% del PIB, lo que condujo a llevar una política de desregulación principalmente en los sectores telecomunicaciones y de los transportes con lo que logró descender los costos de la reglamentación económica. MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS *Las transformaciones de la gestión pública*.

Esto da lugar a una nueva configuración de la gestión estatal, con nuevos procesos de gestión que actualizan la relación con la sociedad, con el entorno social, con consensos, con la participación ciudadana, sin el apego a usar los mismos instrumentos jurídicos y procesos de la gestión pública tradicional, todo ello a fin de lograr ampliar la cobertura y calidad de los satisfactores de una sociedad plural, participativa, competitiva y democratizada.

III. Hacia la construcción de la nueva administración pública

En la formación de la nueva gestión pública en que se trata de reconstruir la calidad institucional y gerencia del gobierno, implica realizar acciones que reconstruyan la naturaleza pública de la gestión, en donde se asegure:

- La rendición de cuentas
- La profesionalización de la función pública
- La participación ciudadana en las acciones del gobierno
- La ética pública

Cada uno de estos ámbitos comprende los aspectos siguientes:

La rendición de cuentas:

Constituye una de las cuestiones públicas, que resulta ineludible para la forma de obrar de los gobiernos, para asegurar el control y el desempeño eficaz de la gestión pública, con lo que se genere la confianza en la ciudadanía acerca de los actos de los gobernantes y revertir la falta de credibilidad en las acciones gubernamentales ante los deterioros de las instituciones públicas que causa la corrupción y la impunidad, lo que produce deficiencias en la gobernabilidad y, sin duda, una crisis moral profunda en la sociedad.

La rendición de cuentas debe implicar un régimen jurídico que obligue a los servidores públicos que representan distintos ámbitos de responsabilidad, a informar de lo realizado sobre el cumplimiento de las metas logradas, productos obtenidos (e. g. un bien, un servicio o una regulación) y recursos empleados, en función de las atribuciones conferidas, que conlleva a alguna sanción ante el incumplimiento de las responsabilidades establecidas.

La profesionalización de la función pública:

El ejercicio del gobierno democrático apto comprende la profesionalización del servicio público, como una de sus capacidades para gobernar, para lograr los satisfactores que demanda la sociedad y la ciudadanía.

Las reformas en los países de la OCDE, Edición del Ministerio de Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica y Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1997. op. cit., pág. 319.

La profesionalización del servicio público considera a la regulación jurídica y administrativa para garantizar que las respuestas gubernamentales sean eficaces. El servicio público profesional es el medio que permite obtener la legalidad y legitimidad del gobierno y de la administración, cuando cumple responsablemente las obligaciones legalmente establecidas para atender el interés colectivo y de los ciudadanos. No es servicio público profesional cuando existe la coalición de los cuerpos burocráticos profesionales que se coaliguen para asumir medidas contrarias a las leyes o para dar dirección opuesta a los fines públicos.

El servicio público profesional alude a mejorar las instituciones en los procesos de cambio, que se sustenta en el aseguramiento de las capacidades profesionales, que sirvan para la definición de políticas, la toma de decisiones y la fijación de compromisos, los cuales se cumplan en los tiempos establecidos y apegados a las leyes, en tanto sean a favor de la sociedad para que mejoren los niveles de bienestar y crecimiento.

La participación ciudadana en la acción del gobierno

El ejercicio de gobierno democrático, que apunta al reconocimiento de atributos normativos de los individuos en la actuación pública, los facultados para participar en las decisiones y en el obrar del gobierno, lo que da cauce a nuevas instituciones jurídicas democráticas (i. e. el referéndum, plebiscito, iniciativa popular, revocación de mandato, en la cogestión de obras públicas), que en otro tiempo no tuvieron lugar en la sociedad en un sentido moderno.

Las formas de participación democrática en los nuevos espacios públicos para gobernar es un factor que incide de manera fundamental en el comportamiento de las esferas jurídico-atributivas de los individuos y en la acción estatal para la realización del bien común. Es también el cumplimiento de funciones gubernamentales bajo el principio de los derechos del hombre y del ciudadano para participar en las decisiones sobre cuestiones de interés colectivo. Esta es una de las tendencias que apunta hacia la redistribución del poder estatal en términos más democráticos, en donde el ciudadano asume un papel crucial en el comportamiento de la esfera de los asuntos públicos.

La ética pública

En la formación de la ética pública va más allá de los gobiernos, los actores tienen también un papel de participación en el desarrollo y representan un papel conductor en su constitución, que oriente a la sociedad por valores morales humanos universales y compartidos, que comprendan la dignidad y los derechos humanos, la justicia, la equidad social, la transparencia

y la responsabilidad en la actuación pública, la honestidad, la lealtad institucional. En esta óptica, la injusticia, la pobreza, la corrupción, la negligencia, las dilaciones, la impunidad, la exclusión social y la segregación son amorales, pues quebrantan los valores de la ética pública, debido a que niegan los derechos humanos, contravienen al bienestar individual y colectivo, crean insolvencia pública y atentan con los bienes jurídicos que el Estado tutela.

El objetivo y el resultado de las ámbitos antes anotadas, para la reconstrucción de la naturaleza de la gestión pública, es acreditar la capacidad del gobierno democrático, que resuelva los problemas sociales y públicos, que certifique los costos fiscales y financieros, mejore la aptitudes de los servidores públicos, incremente la participación en la acción del gobierno, simplifique los procesos, consiga ejercer los valores de legalidad, imparcialidad, honradez, lealtad institucional y atienda los fines públicos y legales.

IV. Conclusión

La nueva gestión pública se debe entender como el ejercicio democrático comprometido con los fines públicos del Estado y su administración, que se inscribe en los procesos de cambio y en la necesidad de impulsar nuevos principios, normas y valores que vigoricen a las instituciones del gobierno democrático.

La nueva gestión pública involucra la participación ciudadana en la solución de los problemas públicos. Esto alude a que habrán de conjugarse los esfuerzos, tiempos, recursos y decisiones tanto ciudadanas como gubernamentales a fin de responder a las necesidades en un ejercicio democrático participativo que eleve los niveles de desarrollo, bienestar y crecimiento.

NICARAGUA

EL CONTROL JURÍDICO DE LAS AGENCIAS REGULADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Miguel Ángel Sendín García y Karlos Navarro Medal

I. El marco jurídico de las agencias reguladoras: liberalización, regulación y servicios públicos

Durante los últimos años hemos asistido a un importante proceso de transformación de los tradicionales servicios públicos de red (telecomunicaciones, sector eléctrico, suministro de gas, correo, etc.). Este proceso de cambio, siempre polémico y discutido, volvió a la primera línea de la discusión política a la venerable y muy administrativa noción del servicio público, que paso de nuevo por un trance de fallecimiento y resurrección, similar en algunos aspectos al que ya había sufrido con la crisis de las tesis clásicas del servicio público defendidas en su momento por la Escuela de Burdeos, a consecuencia del advenimiento y pleno desarrollo del denominado Estado social¹.

No merece la pena, por lo demás, que nos detengamos en un análisis de este proceso, que no es el objeto central de este estudio, sino que, entendemos, es suficiente con que hagamos constar los puntos esenciales, a los meros efectos de dejar constancia de las causas que han determinado la instauración de Agencias reguladoras en este ámbito.

¹ La bibliografía al respecto es extremadamente abundante. Baste a título de ejemplo con la cita de algunas obras al respecto. MEILÁN GIL, J. L.: *Progreso Tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006. ARIÑO, G.; DE LA CUETARA, J. M. y LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997. MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*, Civitas, 1998. SENDÍN GARCÍA, M. A.: *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003. Y en el libro *Regulación y servicio público*, Comares, Granada, 2003. DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, CEC, 1995. GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *La nueva regulación del mercado del gas natural*, RAP 148, Enero-Abril de 1999. CHINCHILLA MARÍN, C.: "Servicio público: ¿crisis o renovación?", en *Régimen jurídico de los servicios públicos*. CGPJ, 1997. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en *Revista de Administración Pública 150*, septiembre-diciembre de 1999. CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003. RODRÍGUEZ ARANA, J.: "Servicio público y Derecho Comunitario Europeo", en *Revista Catalana de Pret públic* 31, 2005. EZQUERRA HUERVA, A.: "Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo", en *Revista Vasca de Administración Pública* 70 (2004).

Debe partirse, en tal sentido, de la existencia de un concepto tradicional de servicio público, caracterizado por la reserva de la titularidad de una actividad al Estado en virtud de una declaración expresa (*publicatio*). De tal modo que, realizada esta publicación, queda vedada la acción de los sujetos privados en ese sector, que sólo podrá producirse previa transferencia por parte de los poderes públicos de dicha facultad a través de concesión.

Por un conjunto de razones en las que no nos vamos a detener, esta tesis hace aguas con la introducción de un nuevo marco jurídico en estos mercados, en los que se introducen el mercado y la libre competencia en aquellos ámbitos en los que es posible. De tal modo que ya no puede hablarse de una publicación total del sector, que deja de ser en su conjunto servicio público, para restringirse a determinadas prestaciones o partes de este sector, donde sigue perviviendo a través de las denominadas obligaciones de servicio público.

No es nuestro objetivo, sin embargo, como ya adelantamos, la exposición ni la crítica de este proceso que, por lo demás, parece estar sufriendo un cierto desfallecimiento en los tiempos más recientes, fruto en parte de las críticas y deficiencias que han encontrado en algunos aspectos los mercados regulados de servicios públicos, pero al que no es ajeno, en cualquier caso, la profunda crisis económica en que está sumida desde hace ya algunos meses la sociedad de corte profundamente liberalizador y privatizadora en que surgió y adquirió su máximo auge.

Sin entrar en este complicado asunto, no podemos por menos que dejar constancia de nuestro temor de que, como ya ocurrió en el momento de la consolidación del modelo de regulación para la competencia, no se realice un examen objetivo y realista del modelo. Probablemente, entendemos, este nuevo método de prestación de servicios públicos, ni fuera tan extraordinario como en ocasiones se proclamó en pleno frenesí privatizador, ni sea tan nefasto como propagan algunas voces en esta coyuntura de crisis en la que nos encontramos.

En cualquier caso, lo decisivo para nosotros es que, como consecuencia de la implantación de este modelo de prestación de servicios públicos a finales de los años ochenta y principios de los noventa del pasado siglo, se generalizó en estos sectores la utilización de técnicas de regulación, por las que se pretendía seguir garantizando las prestaciones de estos servicios esenciales en términos adecuados para el interés público, pero dentro de un marco regido por la libertad de empresa y la competencia. Se trataba, en definitiva, de llevar a cabo un cambio en los mecanismos de prestación sin afectar a los resultados.

Este sistema de regulación para la competencia, ajeno en buena medida a nuestra tradición jurídica, queriendo referirnos con ello tanto a las tesis clásicas tanto españolas como de la inmensa mayoría de Hispanoamérica, y mucho más próxima al sistema norteamericano de las *public utilities*.

Esta transformación tuvo, y es aquí precisamente donde queremos llegar, su vertiente orgánica, pues en los sistemas tradicionales europeos e iberoamericanos la responsabilidad de garantizar la correcta prestación de los servicios públicos descansaba fundamentalmente sobre los aparatos burocráticos de la Administración general, sin perjuicio, como es sabido, de que pudiera encomendarse la gestión del servicio a un empresario privado (concesionario), bajo el control de los citados entes públicos.

En el nuevo modelo para la competencia que trae consigo la regulación, sin embargo, dicha responsabilidad se transfiere preferentemente a entes públicos especializados, que operan con un alto grado de independencia respecto al aparato público general, aunque no dejan por ello de ser Administración, y que reúnen, en general, los rasgos de lo que se ha venido a designar entre nosotros como una Administración Independiente.

II. Las entidades reguladoras de servicio públicos: razones para su introducción

Antes de entrar en el examen del régimen jurídico y características principales de las Agencias Reguladoras, se hace preciso dar respuesta a una cuestión que se nos plantea con carácter previo, esto es, determinar cuáles son las razones que han determinado que estas Comisiones Independientes se hayan asentado en los sectores que nos ocupan. No se trata de una cuestión, en absoluto, menor, dado que, como ya sabemos, la toma de esta opción supone dejar de lado una tradición asentada durante años, para tomar partida para una construcción de origen, en gran medida, foránea, con la que hoy en parte nos hemos familiarizado, pero que en su momento era bastante extraña a nuestra propia mentalidad y concepciones jurídicas.

Primariamente, se plantea como una exigencia irrenunciable para salvaguardar la igualdad entre todos los operadores del sector y, con ello, permitir que opere en él la libre competencia. Muy clarificadora al respecto es la experiencia europea, en la que se ha acuñado, desde los propios comienzos del proceso liberalizador, como un presupuesto esencial para llevarlo a cabo, lo que se ha venido a denominar como separación entre el prestador del servicio y el regulador, que conduce a la exigencia de que este último sea una “Autoridad Independiente”, lo que no impone que sea necesariamente lo que nosotros estamos designando como una Entidad o Comisión Reguladora, que posea los

rasgos de una Administración Independiente, pero conduce, sin duda, hacia esa dirección.

Antes de seguir adelante conviene hacer algunas precisiones previas, sin las que no puede, probablemente, entenderse de forma correcta, lo que acaba de decirse. Nos estamos refiriendo al importante peso que tiene la necesidad de salvaguardar la igualdad entre los operadores puramente privados y los operadores públicos o aquellos que sin serlo, por ser formalmente una empresa privada, mantienen estrechos lazos con los poderes públicos bajo los que queda el sector, nos estamos refiriendo, obviamente, al antiguo monopolista, que suele ser una empresa nacional, que despierta las simpatías que por evidentes no hace falta insistir, en el Estado del que se trate.

Permitir una auténtica competencia en estos sectores supone romper una barrera ya no jurídica, que quiebra al abrirse determinados segmentos del sector a la competencia, generando con ello un derecho de los operadores que cumplan los requisitos para actuar en el sector; sino estrictamente de hecho, la necesidad de establecer las condiciones para que el viejo monopolista no abuse de su situación preponderante en el sector, para impedir una auténtica competencia en el mismo. Tarea que difícilmente se iba a hacer posible si se deja la responsabilidad de regular y controlar el sector a un ente vinculado o favorable en cierta manera a ese operador. En cierto modo esto vendría ser tanto como dejar al lobo al cuidado de los corderos.

En realidad, desde la perspectiva del Derecho comunitario, no supone más que la aplicación de una regla general del principio comunitario, como lo es el principio de igualdad de trato entre la empresa pública y la privada. Regla que sólo quiebra por la existencia de algunas excepciones lógicas dirigidas a salvaguardar el interés público, en las que no nos vamos a detener, pero entre las que se encuentra, como es lógico, la sujeción a un régimen privilegiado de Derecho público a aquellas actividades de servicio público, servicios de interés general, en la jerga comunitaria, cuando las exigencias de la prestación del servicio lo hacen preciso, pues en caso contrario no estarían en condiciones de prestar la misión de interés general que tienen encomendada (art. 86.2 TCE).

La regulación comunitaria de la actividad económica descansa, en consecuencia sobre dos premisas en torno a las cuales se construye su marco jurídico. Por un lado un principio denominado de neutralidad, consagrado en el artículo 295 TCE (antiguo artículo 222 TCE) en virtud del cual, “no prejuzga el régimen de propiedad en los Estados Miembros”, de tal forma que estos pueden decidir con libertad el tamaño y características de su sector público.

Por otro lado, opera otro principio que contrarresta el anterior, es el ya mencionado principio de igualdad entre la empresa pública y la privada, que impone que ese sector público, con independencia de sus características formales, cuando actúe en un ámbito que se rige por la libertad de empresa, y, por tanto, no se beneficie de una excepción por razones de salvaguardar sus funciones de interés público, debe actuar en las mismas condiciones que lo haría una empresa privada.

Téngase en cuenta que esto no sólo veda que los Estados otorguen formalmente prerrogativas que puedan falsear la competencia en el mercado único, sino también, y esto es lo que nos interesa en este momento, evidentemente, que los Estados Miembros sucumban a la tentación de dotar a sus empresas propias o a las empresas formalmente privatizadas con las que le unan unos lazos más o menos estrechos, privilegios o ventajas, más o menos confesados, que les otorguen una situación de ventaja en el mercado, que imposibilite de facto la libre competencia en un sector.

Hemos tomado como ejemplo de este hecho el Derecho comunitario, porque en él se hace especialmente perceptible esta necesidad, dado que, como es sabido, la creación del mercado interior europeo supone la creación de un mercado sin fronteras, en el que operan en condiciones de igualdad empresas de los diferentes Estados miembros, cada una de las cuales puede tener un estatuto jurídico diferente, empresas públicas y privada, en definitiva pueden estar compitiendo en un mismo sector, por lo que la creación de un mercado común sería ilusoria, sin la imposición de esta regla de igualdad de trato.

Como puede verse, esta exigencia de igualdad entre la empresa pública y la privada se hacía especialmente urgente para el Derecho Europeo, por lo que se muestra en él de forma particularmente intensa y clara una cuestión que, entendemos, es en último término extrapolable a cualquier otra zona geográfica en la que se pretenda construir un mercado regulado, pues sin la eliminación de esas eventuales discriminaciones a favor del operador público u operador nacional digamos “oficial”, difícilmente podría existir competencia.

Esta solución ha sido objeto de disensiones, como es obvio, entre los diferentes sectores nacionales. Ha habido quienes han visto en esta regla de igualdad de trato una privatización en cierta medida encubierta, en cuanto en definitiva se permitía la propiedad pública, pero no se la permitía operar como tal, con lo que, en último término, se estaba violando el principio de neutralidad². Frente a lo que otro sector doctrinal ha aducido que no puede sentarse una

² Véase al respecto la posición de MUÑOZ MACHADO en la obra *Público y privado en el mercado europeo de la Televisión*, Cuadernos de Estudios Europeos, 1993. Tesis que reitero con posterioridad en *Servicio público y...*

discriminación general de la empresa pública frente a la privada en base al principio de neutralidad³.

Sin embargo, sin necesidad de entrar en el fondo de esta polémica, que conduce a cuestiones que van más allá de la que nos ocupa, pocas dudas ofrece la necesidad en lo que a nosotros interesa de sentar esta igualdad de trato, sin el que sería inviable la creación de un mercado regulado.

Interesa, antes de seguir adelante, hacer especial referencia a una cuestión especialmente relevante, que ya ha sido mencionada, pero quizás de forma no lo suficientemente central. Hemos dicho que el regulador debe ser independiente respecto a todos los operadores del sector, públicos o privados. Ahora bien, esto conduce indefectiblemente a un punto especialmente relevante, pues pocas dudas caben de la especial relación del Poder Público estatal con determinadas empresas, bien por su carácter público o por su carácter nacional, que hace necesario que esa neutralidad sea no sólo del regulador respecto a las empresas que operan en el sector, sino respecto al propio Estado.

Como señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “el problema que surge es si esa independencia o neutralidad con respecto a los competidores no se ha de traducir también en independencia con respecto al Gobierno o la Administración correspondiente, cuando uno de los competidores –y máxime, si, como es normal, es el competidor principal, alguien que ocupa una posición dominante o cuasidominante en el mercado- es una empresa pública en cualquiera de sus formas, dependiente en definitiva de ese Gobierno, de esa Administración”⁴.

Este factor conlleva por sí sólo, aunque veremos que no únicamente, la especial idoneidad de que esta tarea sea emprendida por ese tipo de entes, de escasa tradición en nuestro Derecho histórico, y más próximo al modelo de regulación de los Estados Unidos, que se vienen designado como Administraciones Independientes.

Como es sabido, estas entidades se caracterizan esencialmente por estar dotadas de una autonomía reforzada respecto al resto del sector público, que les dota de una especial resistencia frente a las eventuales presiones del gobierno de turno y les permite actuar desde un criterio exclusivamente técnico o profesional, al margen, en menos en teoría, de las influencias coyunturales y partidistas. Se trata, en definitiva, como recalcan GARCÍA DE ENTERRÍA y

³ SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y...*, págs. 18 y sigs.

⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: “La regulación económica en España” en ARIÑO, DE LA CUETARA y LÓPEZ-MUÑIZ: *El nuevo servicio público*, pág. 261.

FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, de convertir los sectores en los que operan, por sus especiales características en “espacios libres de control gubernamental”⁵.

Ahora bien, todo ello sin privar al Estado de estos poderes. Con la creación de estas Comisiones no se trata, ni mucho menos de restar de las facultades estatales las funciones de control y regulación de estos sectores. Se trata más bien de actuar únicamente sobre la forma en la que éstos la van a ejercitar, pero permaneciendo, insistimos una vez más, en círculo de poder del Estado. El objetivo es que éste las siga desarrollando, pero no desde las instancias contaminadas por las influencias de la ideología política y los intereses partidarios, sino desde una posición de absoluta objetividad técnica. Como apunta de forma especialmente feliz BETANCOR RODRÍGUEZ, su “régimen jurídico pretende, más que privar al Gobierno de sus poderes, regularlos para objetivarlos, o sea, neutralizarlos políticamente”⁶.

Esto no deja de generar dificultades. Sin entrar en el conjunto de críticas que se han vertido sobre el funcionamiento de estas instituciones, que son muy variadas y no interesan especialmente al objeto de nuestro estudio, si debemos recalcar un punto que nos parece esencial: con ello se está sustrayendo a estas entidades, como brillantemente puso de manifiesto hace ya tiempo PARADA VÁZQUEZ, de los mecanismo tradicionales de exigencia de la responsabilidad política⁷, que dificultan llegado el caso, que los ciudadanos reaccionen contra políticas que no le satisfacen o que puedan exigir responsabilidades cuando se produce un fracaso, más o menos estrepitoso, de la política adoptada por el regulador.

A lo dicho hasta el momento se debe añadir algunas razones adicionales que explican la instauración de reguladores en este ámbito. Por un lado, debe señalarse que los Gobiernos ostentan intereses políticos a corto plazo que pueden chocar con los verdaderos objetivos de la regulación, que en ocasiones requieren políticas que se desarrollen a largo plazo. Lo que hace más adecuadas a las Agencias reguladoras para tomar ese tipo de decisiones.

Las Agencias, además, pueden realizar un seguimiento continuo del sector, necesario en este tipo de actividades que requieren en numerosas ocasiones de una respuesta rápida a los problemas que surgen en las mismas.

Se debe poner, por último, de manifiesto el carácter altamente tecnificado de los sectores en los que están llamados a operar estos entes. Es evidente

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Octava edición, 1997, pág. 418.

⁶ BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 186 y sigs.

que las Agencias reguladoras cuentan con la preparación técnica suficiente para asumir esta tarea, mientras que la administración gubernamental normalmente carece de ella⁸.

III. Las agencias reguladoras. Características esenciales

Ya dijimos que las Agencias Reguladoras reúnen los rasgos de lo que se ha venido a denominar como Administraciones Independientes. No es éste, sin embargo, un concepto excesivamente perfilado, en cuanto agrupa un conjunto de entes administrativos muy heterogéneo. Si bien esto no impide, en ningún modo, su delimitación conceptual, pues presentan suficientes rasgos comunes para cimentar una construcción teórica unitaria.

La razón primordial que ha llevado a su difusión es, sin duda, su mal llamada independencia, pues no puede hablarse en realidad de tal, sino de simple autonomía⁹, aunque, eso sí, reforzada, para atenuar su dependencia respecto al Gobierno. Permitiendo así una cierta neutralización política de sus decisiones, que las convierte, como señala JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, en organismos “ajenos –o al menos razonablemente distanciados– a la lucha política”¹⁰, a través de los que se opera una desideologización del ejercicio del poder¹¹.

Esta independencia, a la que se une que, al menos presuntamente, actúan únicamente sobre la base de criterios técnicos¹², les dota de una mayor legitimación, que se considera necesaria por las características de los sectores, especialmente sensibles, en que desarrollan su actividad¹³.

⁷ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Duodécima edición, Marcial Pons, 1998, págs 308 y sigs.

⁸ Véase ARIÑO ORTIZ, G.: “Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional”, en *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo, Tomo I*, Madrid, 1993, págs. 51-61. TORNO MAS, J.: *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*, Marcial Pons, 1999, págs. 56-57. KOONTZ, H.; y GABLE, R.: *La intervención pública en la empresa* (1956). Traducida por Jaime Berenguer Amenós. Bosch. Barcelona, 1961, pág. 276. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: “Reflexión preliminar”, al libro de M. A. Lasheras: *La regulación económica de los servicios públicos*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 6. ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 365-366.

⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: “L’expérience espagnole en matière d’administrations indépendantes”, en *Etudes et Documents 52* (2001), págs. 414-415. ÁLVAREZ GARCÍA, V.; DUARTE MARTÍNEZ, R.: *Administración pública y electricidad*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 100-101. PAREJO ALFONSO, L.: “Prologo” al libro de BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las administraciones independientes*, pág. 13.

¹⁰ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, pág. 340.

¹¹ GARCÍA LLOVET, E.: “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, en *Revista de Administración Pública 131*, mayo-agosto de 1993, pág. 93.

¹² GALLEGO ANABITARTE; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: “La nueva regulación del mercado del gas natural”, en *Revista de Administración Pública 148*, enero-abril de 1999, págs. 58-59.

¹³ ÁLVAREZ GARCÍA; y DUARTE MARTÍNEZ: *Administración pública y...*, págs. 98-100. SALA ARQUER, J. M.: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones
Cont.

No debe entenderse, sin embargo, que esta autonomía se debe dar tan sólo respecto al Poder Político, sino respecto a cualquier grupo de presión existente en una sociedad, comprendiendo también a los poderes económicos y burocráticos¹⁴. Sin que, con ello, se tenga que producir una reducción de la intervención administrativa en ese ámbito, realmente lo que se persigue es garantizar la total imparcialidad de ésta, no limitarla¹⁵.

Para conseguir esa autonomía y neutralidad técnica que les es característica se les va a dotar de un conjunto de garantías especiales, de las que normalmente no están dotadas las Administraciones Públicas.

Antes de examinar estas garantías debe hacerse una advertencia previa. Estamos hablando de unas notas que con carácter general se entiende deben existir en estas instituciones, pero que no se dan necesariamente en todas ellas. En realidad, al descender al supuesto concreto, se encuentran múltiples peculiaridades y diferencias entre las entidades que reciben esta calificación.

En primer lugar, se va a otorgar a sus directivos un estatuto especial, que sin equipararse a la inamovilidad judicial se aproxima en algunos aspectos a ella. Así, sólo podrán ser removidos de sus cargos, durante el tiempo que dure su mandato, si concurre alguna de las causas tasadas establecidas expresamente por su normativa reguladora¹⁶.

A fin de evitar que el Gobierno o el grupo parlamentario mayoritario que lo sustenta pueda controlar dichas instituciones, se establece un periodo de mandato para sus dirigentes que no coincida con la legislatura y, por tanto, el mandato del gobierno.

También se establecen un conjunto de garantías en relación a su nombramiento. Así, en primer lugar, para garantizar su autonomía, se suele prever la intervención en su nombramiento de otros poderes del Estado, particularmente del legislativo.

Para impedir que el ejecutivo pueda controlarlos estrangulados económicamente, están dotados de determinadas garantías en el ámbito

independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 42, abril-junio de 1984, págs. 401-402. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID: *Los organismos autónomos en...*, págs. 309-312.

¹⁴ GNES, M.: “The italian Independent Administrative Authorities: the Transplantation of an American Experience?”, en *European Public Law* 1997-3, pág. 35.

¹⁵ SALA ARQUER: *El Estado neutral...*, pág. 409

¹⁶ DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 135. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: “Agencias administrativas reguladoras”, en *Administración Pública y Economía*, INAP, Madrid, 2001, pág. 49. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: *Reflexión...*, pág. 213.

financiero. Concretamente, deben de gozar de una financiación adecuada, que les permita desarrollar sus funciones. Así como de autonomía suficiente para gestionar su presupuesto. Además es preciso que cuenten con un cierto patrimonio e ingresos propios.

Asimismo, para garantizar su competencia técnica y profesional, asegurando que se trata de auténticos expertos con prestigio contrastado, se suele exigir que concurren en sus directivos determinadas competencias y capacidades profesionales¹⁷, que le permitan tener y actuar desde un criterio propio¹⁸.

Esto va a llevar a que sean casi siempre profesionales que han desarrollado una larga carrera en el sector del que se trate. Si bien se genera el riesgo de que pierda su neutralidad a favor de las empresas que operan en dicho ámbito, pues, más tarde o más temprano, deberán volver a trabajar en ellas. Lo que incrementa el riesgo de que su voluntad sea captada por éstas, durante el tiempo que desarrolla sus servicios en la Agencia.

Para evitar que así ocurra, se suele establecer un periodo de cuarentena, esto es, un lapso de tiempo en el que los miembros de las Administraciones Independientes no podrán prestar servicios en el sector en el que desarrollan sus funciones¹⁹.

A efectos de garantizar su neutralidad se les sujeta, igualmente, a un exigente régimen de incompatibilidades, con el que se pretende garantizar su imparcialidad tanto frente a los sujetos privados, como ante las estructuras del poder político.

Aunque no es la única opción posible, pues en algunos casos se les ha dado un carácter unipersonal, se suele considerar más adecuado que tengan composición colegiada. Lo que facilita que el órgano posea la pluralidad de perspectivas y habilidades que se entiende que requieren estos entes para desarrollar correctamente su función²⁰.

No obstante, eso no debe permitir que su composición sea el resultado de una transacción, mediante la cual se convierta el nombramiento de sus miembros

¹⁷ ARIÑÓ ORTIZ: *Regulación económica y modelo...*, pág. 70. DESDENTADO DAROCA: *La crisis de...*, pág. 135.

¹⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ: *Las Administraciones Independientes. Los entes...*, pág. 607.

¹⁹ CANANEA, G.: "La réglementation des services publics en Italie", en *Revue Internationale des Sciences Administratives* 68 (marzo de 2002), pág. 98. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...*, pág. 49.

²⁰ PROSSER, T.: *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pág. 299. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...*, pág. 48. GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...*, pág. 103. BETANCOR RODRÍGUEZ: *Los entes...*, pág. 608.

en un reparto entre los partidos políticos conforme a cuotas de poder. Lo que dejaría en entredicho tanto su verdadera neutralidad como su carácter técnico²¹.

Ni siquiera debería permitirse que los miembros de la Comisión fuesen representantes de los distintos sectores implicados en el ámbito donde la Agencia desarrolla sus funciones. Pues esto podría llevar a que se resolviesen los posibles conflictos dentro del órgano, en una negociación cerrada, sin la necesaria participación y transparencia²².

Si bien si parece adecuado, en cuanto permite tener en cuenta los diversos intereses existentes en el sector, que la Agencia cuente en su organización con órganos en los que estén representados los diversos actores que operan en el mismo²³.

No debería poder renovarse el mandato de sus directivos, pues esto permite ejercer sobre sus miembros una presión considerable cuando llega la hora de decidir sobre su renovación²⁴.

Desde el punto de vista funcional, es imprescindible que tengan atribuidas un ámbito competencial de forma propia y exclusiva.

Para cumplir esas funciones se les atribuye una amplia gama de poderes y facultades, de naturaleza muy heterogénea. De entre ellas debe destacarse, por su importancia, el otorgamiento de importantes atribuciones en materia de obtención de información, sin las cuales difícilmente van a poder cumplir su labor²⁵.

No deberán, además, poder solicitar ni recibir ordenes, instrucciones o directivas por parte del Gobierno.

IV. El control jurídico de las entidades reguladoras

Uno de las cuestiones más relevantes que plantean las entidades reguladoras es el de su control. Ya sabemos que son entes peculiares, dotados de un régimen jurídico característico, que las diferencia notablemente de los organismos que integran la Administración Pública tradicional. Eso no deja de plantear algunas peculiaridades específicas en orden a su control, que debemos destacar.

²¹ LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...*, págs. 48-49.

²² PROSSER: *Law and the...*, pág. 299.

²³ BETANCOR RODRÍGUEZ: pág. 608.

²⁴ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: *Reflexión...*, pág. 6. GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...*, pág. 106.

²⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Madrid, 2004, págs. 1197-1201.

La primera peculiaridad relevante que plantean estas entidades deriva de su especial autonomía respecto a los órganos generales de la Administración, que exige, entre otras cosas, la imposibilidad de que estos últimos puedan revisar sus decisiones. Posibilidad que haría ilusoria su celebre autonomía. Esto determina que sus actos definitivos deben agotar directamente la vía administrativa, siendo únicamente susceptibles de recurso ante la jurisdicción contenciosa.

No ocurre, sin embargo, siempre así en la práctica, pues en algunos casos el Derecho positivo insiste en retener en los órganos de la Administración general a los que están adscritos estos entes, la facultad de revisar en vía administrativa sus decisiones.

Baste con citar al respecto, el régimen jurídico de la Comisión Nacional de la Energía, ente regulador de los mercados energéticos en el Derecho español, creado por la Disposición adicional Undécima de la *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos* (en adelante LSH). Entidad respecto a la cual, establece su normativa reguladora lo siguiente:

“Contra las resoluciones adoptadas por la Comisión Nacional de Energía en el ejercicio de las funciones a que se refieren los números 1 y 2 del presente apartado, y contra sus actos de trámite en las mismas materias que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía” (Disposición adicional 11. 14.5 LSH).

Otro punto en el que merece la pena detenerse es la habitual atribución a estos entes de funciones arbitrales que no tienen carácter público. Baste con citar como ejemplo de dicho supuesto el art. 48.3.a de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* (en adelante LGT), referida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ente encargado de la regulación de los mercados de telecomunicaciones en el Derecho español.

Esta norma a otorga a dicho ente, entre otras, la función de arbitrar “en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden”. Aclarando que el ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes”

Este dato conlleva importantes consecuencias en orden al control judicial de estas entidades, pues su ejercicio va a dar lugar a actos de naturaleza privada, cuya fiscalización deberá de llevarse a cabo ante la jurisdicción ordinaria, careciendo, en consecuencia, de jurisdicción, el orden contencioso-administrativo. Tal y como ha ratificado la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que ha señalado que:

“Procede desestimar el segundo motivo de casación que se sustenta en la alegación de que la Sala de instancia ha incurrido en defecto en el ejercicio de la jurisdicción, al rechazar la competencia de la Sala para conocer del recurso Contencioso-Administrativo, porque el examen en el trámite de alegaciones previas de la concurrencia de los presupuestos procesales de orden público que disciplinan la admisión de los recursos Contencioso-Administrativos, y la apreciación de la falta de jurisdicción del orden Contencioso-Administrativo, revela que el Tribunal a quo ha enjuiciado la pretensión formulada sobre la inadmisión del recurso Contencioso-Administrativo dentro de los límites que prescriben los artículos 1, 2, 3 a), 58 y 69 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cabe significar que la parte recurrente insiste, en la formulación de este segundo motivo de casación, en los mismos argumentos aducidos en la fundamentación del primer motivo, sobre la inadecuada identificación del objeto del recurso Contencioso-Administrativo, por lo que debemos declarar que la Sala de instancia acierta al afirmar que se trata de la impugnación de un Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en un procedimiento arbitral en el ejercicio de potestades que no tienen carácter público, que el artículo 48 de la Ley General de las Telecomunicaciones le encomienda expresamente, que no puede calificarse que constituya una actuación material de la Administración caracterizada de vía de hecho, y rechaza, por tanto, la tesis que sustenta la parte recurrente de que se ha incorporado “de facto” un informe del Servicio de Defensa de la Competencia a un procedimiento arbitral, careciendo de competencia y al margen del procedimiento previsto.

La alegación sobre el defecto de jurisdicción en que habría incurrido la Sala de instancia carece de fundamento, a la luz de las circunstancias concurrentes, ya que el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, que califica de carácter privado, al excluir, expresamente, que tenga carácter público, y dicha disposición refiere que el procedimiento arbitral se ajuste, entre otros principios, al de libertad de prueba, de donde se desprende que el acuerdo

incidental de admitir un medio de prueba no supone el ejercicio de potestades administrativas al no ser un acto separable de la propia tramitación del procedimiento arbitral.

En el procedimiento arbitral a que alude el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que se rige supletoriamente por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, no cabe integrar la doctrina de los actos separables para promover que determinados actos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones producidos en la sustanciación de las actuaciones arbitrales tengan un contenido propio, por corresponder al ejercicio de prerrogativas públicas, cuya impugnación debe enjuiciarse en el orden Contencioso-Administrativo, porque este criterio que postula la empresa recurrente, contradice la decisión del legislador de considerar que dicho organismo, sometido al Derecho público, sin embargo, como excepción, cuando realiza funciones arbitrales no está revestido de la autoridad que corresponde a las Administraciones públicas independientes, puesto que ejerce por mandato de la Ley funciones privadas.

Así lo ha entendido esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de enero de 2008, al declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por SOGECABLE, SA contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2005, confirmado en súplica por Auto de 24 de enero de 2006, que inadmitió el recurso interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de septiembre de 2004 que, a su vez, había acordado la “admisión del arbitraje instado por Telecable de Asturias, SAU. [...] en la reclamación arbitral presentada el 6 de mayo de 2004”, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

[...]

Resulta de ello, que la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en este supuesto, no supone el ejercicio de potestades administrativas, sujeto al control de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A estos efectos, resulta oportuno recordar que lo que exige la adecuada formulación del motivo de casación fundado al amparo del artículo 88.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, es fundamentar de forma precisa y convincente la concurrencia de exceso, abuso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción en que habría incurrido la Sala de instancia. Es decir, como se deduce de la interpretación

de este precepto con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se hubiera producido el conocimiento por parte de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de asuntos improprios de los que corresponden a su orden jurisdiccional, o el dejar de conocer de los que corresponden a él, como se sostiene en la sentencia de esta Sala de 25 de julio de 1996, en relación con la redacción del artículo 95.1.1 de la precedente Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, debida a la Ley 10/1992, de 30 de abril.

El artículo 95.2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa concretiza el significado de este motivo casacional, que pretende salvaguardar el ámbito y la extensión de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, al disponer, como contenido de la sentencia casacional, que, en caso de estimarse el recurso de casación por este motivo, se anulará la sentencia o resolución recurrida, indicándose el concreto orden jurisdiccional que se estima competente o se resolverá el asunto, según corresponda.

Cabe, por tanto, descartar que la Sala de instancia haya incurrido en defecto de jurisdicción al declinar su competencia en favor de la jurisdicción civil, porque la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en este supuesto, se ha producido en el ejercicio de potestades inherentes a su función arbitral, derivado del reconocimiento de su posición institucional de árbitro reconocido por el legislador, cuya legalidad constitucional no cabe cuestionar, conforme a las consideraciones jurídicas expuestas en la sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de 13 de noviembre, que se rige, además de las prescripciones específicas, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que derogó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, cuyo artículo 25 establece la potestad de los árbitros para decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración, y que en su artículo 42 determina la competencia para conocer de la acción y anulación del laudo de la jurisdicción civil.

Esta conclusión jurídica que propugnamos de rechazar que la Sala de instancia haya incurrido en defecto de jurisdicción, se revela acorde con el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 6 de noviembre de 2007, que considera que el orden jurisdiccional civil es competente para conocer de los incidentes en relación con la ejecución de un laudo arbitral, incluidas las que puedan derivarse de la tramitación de la acción de anulación ejercitable contra el laudo arbitral y el procedimiento arbitral²⁶.

²⁶ STS de 30 de enero de 2008. RJ 2008-588. F.J. 2.

Si bien debe tenerse diferenciarse claramente esta función arbitral de la potestad resolutoria sobre relaciones privadas que le atribuye el ordenamiento jurídico, que tiene carácter público, y da lugar a actos administrativo que, como tales, serían objeto de revisión ante la jurisdicción contenciosa²⁷.

Ya nos hemos referido con anterioridad al elevado componente técnico que comporta la regulación. Siendo ésta un intento de marcar, en determinados sectores, distancia respecto al decisionismo político, tomando base en un criterio exclusivamente técnico y profesional, resulta evidente que las personas llamadas a llevarla a cabo son, o al menos deben ser, personas dotadas de una especial preparación y experiencia en el sector regulado, que adoptan sus decisiones, evidentemente, sobre la base de criterios técnicos que no están al acceso de todo el mundo.

De aquí se derivan, como es evidente, consecuencias especialmente importantes, en orden al control de sus actuaciones, cuya revisión se va a hacer especialmente difícil a los órganos judiciales, carentes casi siempre de esa preparación técnica, que sólo podrán solventar recurriendo a peritos, y a los que resultará, además, difícil acceder a la información abundante y detallada que el regulador tendrá sobre el sector.

El profesor ARIÑO ha puesto de manifiesto de forma muy gráfica este escollo para el control judicial de estas decisiones, señalando que “se trata casi siempre no de aclarar la norma o principio de justicia, sino de que el juzgador entienda cual es el supuesto de hecho en cuya compleja valoración es incapaz de entrar”²⁸.

No debe entenderse, como es obvio, que esto vede las posibilidades de control judicial del regulador, es evidente que el juez debe controlar todos los ámbitos de la vida social, cuente o no con conocimientos especializados en los mismos, pero si es claro, entendemos, que las dificultades de ese control se incrementan de forma notable.

Se hace, por ello, en este ámbito, como en tantos otros, necesaria una mayor especialización de la judicatura²⁹, que va a ser, mucho nos tememos, difícil de lograr en la práctica, dado la situación de colapso y saturación en la que suele estar inmerso este orden jurisdiccional. Al menos así ocurre en el Derecho español, cuya justicia administrativa lleva saturada ya desde hace tiempo.

²⁷ FERNANDO PABLO, M. M.: *Derecho general de las telecomunicaciones*, Colex, 1998, págs. 181 y sigs.

²⁸ ARIÑO, G.: “Significado actual de la noción de servicio público”, en *El nuevo servicio...*, pág. 53.

Peor situación encuentra, incluso, entendemos, en orden a la puesta en práctica de este control, el ordenamiento jurídico de Nicaragua. País donde la creación de un orden contencioso-administrativo es una estricta novedad, que está dando, animosamente, pero con las grandes dificultades lógicas, sus primeros pasos. El control de estas decisiones altamente especializadas, nos tememos, será especialmente complicado.

Otro punto delicado en el control de las decisiones de las entidades reguladoras reside en el elemento temporal. No debe olvidarse que a través de la regulación se trata de dar un seguimiento continuo a las necesidades de un sector. Si a esto se añade que los mercados en los que la regulación se instrumenta tienen un marcado carácter económico, se hace evidente la necesidad de ofrecer respuestas rápidas a los conflictos jurídicos que puedan plantearse.

Dada la normal lentitud del proceso contencioso, parece bastante evidente que la respuesta va a llegar en la mayor parte de los casos demasiado tarde para hacerse efectiva. La tutela cautelar se va a presentar en muchos supuestos, por ello, como la única alternativa válida para superar estas dificultades.

Sin menospreciar la importancia de lo dicho hasta el momento, no podemos dejar de manifestar que el punto central que se plantea en torno al control de los actos de las Entidades Reguladoras es, sin duda, el de su amplia discrecionalidad administrativa que comporta la decisión del regulador.

No cabe dudar que la tarea del regulador es mucho que una mera aplicación de normas o procedimientos, implica algo más, una labor de dirección y encauzamiento del sector regulado, que implica necesariamente la toma de decisiones, la adopción de un criterio de oportunidad. Lo que, en definitiva, supone necesariamente la atribución de un amplio margen de discrecionalidad, dentro del cual no se puede cuestionar por el órgano fiscalizador la decisión tomada por el regulador, pues caso contrario se corre el riesgo de que el órgano judicial acabe tomando el papel de regulador³⁰.

²⁹ ARIÑO: *Significado actual...*, pág. 53.

³⁰ CANANEIA, G.: "La réglementation des services publics en Italie", en *Revue Internationale des Sciences Administratives* 68 (marzo de 2002), pág. 99.

