

Fundación Estudios de Derecho Administrativo

**IV JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS
9-12 DE NOVIEMBRE DE 1998**

**LA RELACION
JURIDICO-ADMINISTRATIVA
Y EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**

Caracas, 1998

FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE:

Belén Ramírez Landaeta

VICE-PRESIDENTE:

Gustavo Urdaneta Troconis

SECRETARIA:

Norka Moncada Redondo

© Copyrigh 1998

HECHO EL DEPOSITO DE LEY

lf 55619983403462

ISBN: 980-6373-45-6

EDICIONES FUNEDA

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

E. Mail: funeda@etheron.net

Diagramación y artes finales: Sandra Corrales

Impresión: EDITORIAL ARTE, Caracas.



ALLAN RANDOLPH BREWER -CARIAS

INDICE

Nota Biobibliográfica.....	7
Allan R. Brewer-Carías. (<i>Conferencia Introductoria</i>). <i>Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos</i>	19
Christian Pielow. <i>El principio de la confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas</i>	91
Juan Carlos Esguerra Portocarrero. <i>La formalidad e informalidad en el procedimiento y las relaciones jurídico administrativas</i>	117
Luis Fraga Pittaluga. (<i>Comentarista</i>) <i>La composición, el arbitraje o la transacción como método de resolución de conflictos administrativos</i>	135
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. <i>El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos Administrativos tácitos o presuntos</i>	183
Armando Rodríguez (<i>Comentarista</i>) <i>El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos Administrativos tácitos o presuntos</i>	201
Adilson Abreu Dallari. <i>Las potestades administrativas y las relaciones jurídico-administrativas</i>	211
Luciano Vandelli. <i>La clasificación de los procedimientos administrativos</i>	235
Jaime Orlando Santofimio. <i>El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo</i>	247
Hildegard Rondón de Sansó. <i>El Principio de confianza legítima en el derecho venezolano</i>	293
Anexos.....	353

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

BIOGRAFIA ACADEMICA

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

- 1973-81 Profesor del Seminario sobre "Reforma Administrativa en América Latina" en el Instituto Internacional de Administración Pública, París.
- 1974 Profesor Honorario de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia.
- 1976 Profesor de Fundamentos de la Administración Pública hasta 1980, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Ha sido Jefe de la Cátedra de Fundamentos de la Administración Pública y Jefe del Departamento de Administración Pública en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la misma Facultad.
- 1977 Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza, Argentina.
Distinción, con su nombre, de la Promoción de Abogados, Universidad Central de Venezuela.
Orden José María Vargas, Universidad Central de Venezuela.
- 1979 Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1980 Distinción con su nombre de la Promoción de Licenciados en Ciencias Políticas, Mención Administración Pública.
- 1981 Premio Nacional de Ciencias, otorgado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
- 1981-84 Fue coordinador fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, cursos de Post-Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
Profesor de la materia Derecho Administrativo Profundizado en dichos cursos de Post-Grado y del Seminario sobre el Contencioso de los actos administrativos.
- 1982-84 Profesor de Derecho Público de la Economía, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas.
- 1984 Miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal.
- 1985-86 Profesor Simón Bolívar de la Cátedra de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Cambridge, Fellow

- del Trinity College y Profesor del Curso sobre "Control Judicial de la constitucionalidad en el Derecho Comparado" en el Curso de postgrado (L.L.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge UK.
- 1986 Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España.
Medalla de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, España.
- 1987 Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- 1987-89 Profesor de Derecho Administrativo en los Cursos de Doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- 1989-90 Profesor Asociado en la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París (Universidad París 2) donde dictó el curso sobre "Principios del Procedimiento Administrativo" en el curso de postgrado de Derecho Administrativo.
- 1991 Distinción, con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello.
- 1992 Profesor del seminario sobre "Justicia Constitucional y Poder Judicial" en el V Curso Internacional de Justicia Constitucional, Universidad de Aix-en-Provence, Francia, Septiembre.
Doctor Honoris Causa en Derecho de la Universidad Católica del Táchira.
Distinción con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías, para el Estudio y la Investigación del Derecho Público, Universidad Católica del Táchira.
- 1993 Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia.
- 1994 Orden José María Vargas, Universidad Central de Venezuela.
- 1995 Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia y de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- 1996 Doctor Honoris Causa. Universidad Carlos III de Madrid.
- 1996 Miembro Honorario de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (O.I.C.I) España.

**ACADEMIAS, INTITUTOS Y ASOCIACIONES
NACIONALES E INTERNACIONALES**

- 1966 Miembro correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras.
- 1971 Vice Presidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas (1971-1977).
- 1972 Fundador y Secretario Organizador de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública y miembro del Directorio desde 1981.
Organizador y primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Caracas.
- 1975 Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas hasta 1989.
- 1978 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (sillón N° 10), electo en 1978, Caracas.
Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, hasta 1987.
- 1979 Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas.
- 1981 Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada, París, desde 1981.
Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, desde 1981.
- 1982 Académico Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya.
Vice Presidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.
Organizador del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas.
Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado, hasta 1985.
- 1985 Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- 1992 Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.

- 1996 Miembro correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- 1998 Presidente de la Academia Venezolana de Ciencias Políticas y Sociales

FUNDACIONES

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

FUNCIONES PUBLICAS

- Consultor Jurídico Adjunto del Ministerio de Justicia. (1963-1964).
- Contralor Delegado en la Contraloría General de la República. (1964).
- Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral. (1965-1969).
- Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972).
- Miembro de la Delegación de Venezuela a la Sexta Reunión de la Comisión Mixta de la Declaración de Bogotá Cartagena (1969) y Observador Venezolano a la Primera Reunión de Cancilleres del Grupo Andino, Lima, 1969.
- Consejero Científico (ad-honoren), Embajada de Venezuela en Inglaterra (1972-1974).
- Conjuez de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979) y Conjuez del Tribunal de la Carrera Administrativa (1976-1979).
- Senador Suplente por el Distrito Federal (1978-1984), (1984-1989). (Incorporado el 14-07-82 al 10-08-83; 28-02-84 al 02-03-84; 15-12-87 al 16-12-87 y 17-02-88 al 24-02-88).
- Magistrado Suplente de la Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979-1984).
- Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral desde 1979 hasta 1994. (Incorporado el 21-11-83 al 22-11-83).
- Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994).

ACTIVIDAD PROFESIONAL

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

Corredactor de las más importantes leyes administrativas del país, y entre ellas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; la Ley Orgánica de la Administración Central; la Ley Orgánica del Sufragio; la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; Ley Orgánica de Régimen Municipal; Ley Orgánica de Ordenación Urbanística; Ley Orgánica del Distrito Federal, así como de muchos otros Proyectos de Ley en el campo administrativo, como los de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada; la Ley de Coordinación del Tránsito y Transporte en el Area Metropolitana de Caracas y la Ley de Aguas.

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

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

DISTINCIONES PROFESIONALES

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

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

DISTINCIONES HONORIFICAS

Condecoración Orden de "El Libertador", Gran Cordón (1994).
Condecoración Orden "Andrés Bello", Banda de Honor (1980) en su Primera Clase.
Condecoración Orden "27 de Junio" (1993).
Condecoración Orden "Diego de Losada", Gobernación del Distrito Federal.
Condecoración Orden "Congreso de Angostura", en su Primera Clase, Gobernación del Estado Bolívar (1994).
Condecoración Orden "Samán de Aragua". Unica Clase, Gobernación del Estado Aragua (1993).
Condecoración Orden "Santiago de los Caballeros de Mérida", Consejo Municipal del Municipio Libertador, Mérida.
Condecoración "Cruz de las Fuerzas Armadas de Cooperación", en su Segunda Clase.
Condecoración "Medalla Honor al Mérito", Guardia Nacional.
Condecoración Orden Guacaipuro en su Primera Clase del Concejo Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal, Caracas 1998.

PREMIOS POR PUBLICACIONES

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

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

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

Premio Anual a la Investigación de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1974-1975), y Premio de la

Academia de Ciencias Políticas y Sociales correspondiente al año 1976, otorgado al libro *Cambio Político y Reforma de Estado en Venezuela*.

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

PUBLICACIONES

LIBROS

- 1964 *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, galardonado con el Premio "Luis Sanojo 1963-1964".
- 1965 *El Régimen Jurídico Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*.
Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestre.
- 1966 *La Expropiación por causa de Utilidad Pública o Interés Social*.
- 1967 *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*.
- 1968 *El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano*.
Les Entreprises Publiques en Droit Comparé (París).
Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana.
- 1969 *El Control de las Actividades Económicas del Estado en Derecho Venezolano*, galardonado con el Primer Premio en el Concurso promovido por el Instituto Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras.
- 1970 *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de la Carrera Administrativa*.
- 1971 *Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Area Metropolitana de Caracas*
- 1975 *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela* (Madrid), galardonado con el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1975) y el Premio de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1975).
Derecho Administrativo Tomo I, galardonado con mención Honorífica en el Premio XXV Aniversario del Ministerio de Justicia.

- Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I.*
- Un Derecho para el Desarrollo y la Protección de los particulares frente a los Poderes Público y Privado. (Maracaibo)*
- 1976 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo II; Tomo III, Vol. 1.*
Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables.
Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre.
- 1977 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo Tomo III , Vol. 2; Tomo IV.*
En colaboración con José Muci Abraham y Oswaldo Padrón Amaré, Observaciones al Proyecto de Reforma Tributaria 1976.
El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales.
En colaboración con Norma Izquierdo, Estudios sobre la Regionalización en Venezuela.
- 1978 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo Tomo V, Vol. 1 y Vol. 2*
Introducción al Estudio de la organización Administrativa Venezolana.
La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo.
- 1979 *Política, Estado y Administración Pública.*
Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo Tomo VI. Política, Estado y Administración Pública.
- 1980 *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas.*
Estudios sobre la Reforma Administrativa.
Urbanismo y Propiedad Privada.
Fundamentos de la Administración Pública, Tomo I.
Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979. (Valencia)
- 1982 *El Derecho Administrativo y la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.*
La Defensa de la Constitución.
Instituciones Políticas y Constitucionales. (1ª Edición)
El Estado. Crisis y Reforma.

- 1983 *La Concepción del Estado en la Obra de Andrés Bello* (Madrid).
La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela.
Estudios de Derecho Público, Tomo I.
Sumario de la Constitución de 1961.
- 1984 *Constitución de 1961, Enmiendas N° 1 y 2.*
El Régimen Municipal en Venezuela.
- 1985 En colaboración con Enrique Viloria V., *Sumario de las Nacionalizaciones (Hierro y Petróleo).*
Las Constituciones de Venezuela (Madrid).
El Estado Incomprendido.
Instituciones Políticas y Constitucionales; 2da. Edición, 2 Vols.
Estudios de Derecho Público, Tomo II.
- 1986 *Estudios de Derecho Administrativo* (Bogotá).
 En colaboración con Enrique Viloria V., *El Holding Público.*
- 1987 *Estado de Derecho y Control Judicial* (Justicia Constitucional, Contencioso administrativo y Amparo en Venezuela) (Madrid).
Reflexiones en España.
- 1988 *Problemas del Estado de Partidos.*
- 1989 *Judicial Review in comparative law* (Cambridge).
- 1990 *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia* *Estudios de Derecho Público Tomo III.*
Principios del Procedimiento Administrativo (Madrid).
- 1991 *La Constitución y sus Enmiendas.*
Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana.
El caso de las cartas de crédito. Efectos retroactivos y confiscatorios de la unificación cambiaria y el régimen de las subvenciones administrativas.
- 1992 *Les Principes de la Procedure Administrative non Contentieuse* (París).
Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno.

- 1993 *Contratos Administrativos.*
 En colaboración con Carlos M. Ayala Corao, *El caso del Monstruo de los Palos Grandes, Estudio Jurídico Urbanístico.*
El amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa).
 En colaboración con Armida Quintana M., León H. Cottin, Gabriel Ruan S. y Carlos Ayala Corao, *El caso del Banco de Venezuela, El Juicio de Amparo contra la Comisión Nacional de Valores, Tomo I.*
Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela.
- 1994 En colaboración con José Guillermo Andueza y Gerardo Fernández: *Los derechos del niño Vs. los abusos Parlamentarios de la libertad de expresión.*
El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado.
Régimen Cambiario, Tomo I.
- 1995 En colaboración con Jorge Vélez García, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución.* Bogotá.
El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. Bogotá.
 En colaboración con Carlos Ayala Corao: *El derecho a la intimidad y la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado.*
- 1996 *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I, II, III y IV.*
- 1997 *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo VI.*
- 1998 *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo V, VII.*
Cinco Siglos de Historia y un país en crisis (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela)

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

- En colaboración con Gregorio Burgueño, *Legislación Venezolana 1978 (1982); 1979 (1982), 1980 (1982), 1981 (1983).*
- En colaboración con Luis A. Ortíz Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo, 1961-1996*

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

INFORMES

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

ARTICULOS

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

PUBLICACIONES DIRIGIDAS

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

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

**LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y EFICACIA
EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS EN AMERICA LATINA**

Allan Randolph Brewer-Carías



**LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y EFICACIA
EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS EN AMERICA LATINA ***

Allan R. Brewer-Carías

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

SUMARIO: I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU CODIFICACIÓN. 1. La Codificación del Procedimiento Administrativo 2. La motivación de las leyes de procedimientos administrativos. 3. La enumeración de los principios del procedimiento administrativo en las leyes latinoamericanas. II. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD. 1. El principio del sometimiento de la Administración al derecho (la totalidad de las fuentes). A. El carácter sublegal de la actividad administrativa. a. El sometimiento a la Ley. b. Respeto a la reserva legal. B. La regulación del procedimiento mismo. a. Ambito de aplicación. a'. Principio de la Generalidad. b'. Principio de extensión. c'. Los procedimientos excluidos. b. Los Procedimientos especiales y el Principio de supletoriedad. c. El régimen supletorio del Procedimiento Civil. d. El Principio de Exclusividad. C. La obligatoriedad del procedimiento. a. El principio de la imperatividad. b. Las clases de procedimiento. c. El Principio de la responsabilidad. D. El Principio del paralelismo de las formas. E. La proscripción de las vías de hecho. 2. El Principio de la Jerarquía. A. La jerarquía de los actos administrativos. B. El Principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos. C. Principios derivados de la propia jerarquía: la potestad de instrucción. D. El Principio de la obediencia debida. E. Los principios de descentralización, desconcentración y coordinación. 3. El régimen de la discrecionalidad. A. La reducción de la discrecionalidad: los conceptos jurídicos indeterminados. B. Los límites a la discrecionalidad (proscripción de la arbitrariedad). III. EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA. I. El principio de la instrumentalidad (el objeto y la finalidad del procedimiento). A. Al cumplimiento de la acción administrativa. B. La protección y garantía de los derechos de los administrados. C. La racionalidad administrativa. D. La

* Ponencia para las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, noviembre 1998.

desviación del procedimiento administrativo. 2. El principio de economía procesal. A. La reducción de los trámites e instancias. B. El informalismo (la antiformalidad). C. El principio de la colegialidad. D. El principio *favor acti*: (*favor administrationis*). E. El principio de la finalidad y de la conservación. a. El principio *conservatio acti*: la subsanabilidad de los actos y la corrección de errores materiales. b. La convalidación, el saneamiento y la conversión. 3. El principio de la presunción de la legalidad y legitimidad. A. La validez y la eficacia. a. Los Requisitos de eficacia. a'. Requisitos en la Administración: la aprobación y la autorización. b'. Requisitos en relación con los destinatarios: la publicación y la notificación. c'. La condición y el término en los actos. b. La firmeza. B. El principio de la ejecutividad. C. La suspensión de efectos. D. La extinción natural del acto administrativo. 4. El principio *pro actione*. 5. El Principio de la caducidad del procedimiento y la prescripción de las infracciones y actos sancionatorios. III. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACION. 1. El derecho de petición y la oportuna respuesta.

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU CODIFICACIÓN

1. *La Codificación del Procedimiento Administrativo*

Si hay algo que ha caracterizado al Derecho Administrativo en América Latina durante los últimos treinta años, ha sido su codificación, particularmente plasmada en la codificación del procedimiento administrativo en general. Este proceso se inicia en Argentina donde, después de algunas regulaciones provinciales, se sancionó la primera de las leyes sobre procedimientos administrativos que se han dictado en América Latina, la *Ley de Procedimientos Administrativos*, N° 19.549 de 1972.

Luego siguió un Decreto con fuerza de ley, dictado en Uruguay en 1973, el Decreto 640/973 sobre procedimientos administrativos, sustituido por el Decreto 500/991 de 1991, sobre *Normas Generales de actuación administrativa y regulación del Procedimiento en la Administración Central*, actualmente en vigencia.

Un lustro después se sancionó la *Ley General de la Administración Pública* de Costa Rica, de 1978, la cual no sólo regula el procedimien-



to administrativo, sino que materialmente constituye un Manual de Derecho Administrativo redactado en forma de artículos. En ellos se encuentra regulado todo el Derecho Administrativo como si se tratara del desarrollo de un programa de un curso de esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto. Esta Ley fue elaborada, entre otros, por mi recordado amigo el Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, quien dejó en ella una obra importante. Es un ejemplo claro de la codificación, no ya del procedimiento administrativo, sino de todo el Derecho Administrativo.

Posteriormente siguió la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela*, de 1981; y unos años más tarde, en 1984, se produjo la reforma del *Código Contencioso Administrativo* de Colombia, en la cual se incorporó a dicho instrumento, un nuevo Libro sobre “Procedimientos Administrativos”.

Luego de un período de diez años, se dictó la última de las leyes nacionales sobre procedimientos administrativos, la *Ley Federal de Procedimientos Administrativos* de México, de 1994.

Este proceso de codificación del procedimiento administrativo en América Latina, puede decirse que concluye con el *Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*, de 1997, en el cual se recogen todos los principios generales desarrollados por las legislaciones nacionales.

Como ha sido la característica de la evolución del derecho administrativo, este conjunto de leyes, evidentemente, siempre ha tenido en cada país, como antecedente, un conjunto de disposiciones reglamentarias, incluso como normativa general, como es el caso de Uruguay. En este sentido también debe mencionarse como otro antecedente reglamentario, el denominado *Reglamento Supremo de Normas de Procedimiento Administrativo* de Perú, de 1967. En principio, puede decirse que este es el cuerpo normativo más antiguo sobre el tema en América Latina, pero por su rango reglamentario y aplicación supletoria, sólo cuando las leyes u otros reglamentos especiales no se opusieran a su contenido, no ha tenido una efectiva aplicación y, por tanto, ha tenido poca influencia en la formación del Derecho Administrativo en Perú.

Estos comentarios sobre los principios del procedimiento administrativo en América Latina, por ello, los vamos a concentrar a los siete textos normativos anteriormente mencionados, los cuales tienen como rasgo común, la influencia de la legislación española a través de las ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958. Estos textos, sustituidos en España por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en una forma u otra influyeron toda la legislación de América Latina, en algunos casos más directamente como, por ejemplo, en el caso de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana de 1981.

Otro rasgo común de este conjunto normativo es el de abarcar todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que origina una carga muy importante de regulación en relación con el acto administrativo. Así, puede considerarse que casi todas estas leyes constituyen, básicamente, leyes sobre el régimen jurídico del acto administrativo.

En todo caso, estas regulaciones legales han tenido una importancia enorme en toda América Latina, pues han contribuido al desarrollo definitivo del Derecho Administrativo formal, al punto de que podría decirse que el Derecho Administrativo en nuestros países se divide en dos etapas: antes y después de la Ley de Procedimientos Administrativos. Así ocurrió también en España, donde el Derecho Administrativo también puede dividirse en las mismas dos etapas: antes y después de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y de la Ley de Procedimientos Administrativos. No hay duda que ha sido mediante la positivización de los principios generales del Derecho Administrativo, que se ha contribuido al desarrollo de nuestra disciplina y, sin duda, al afianzamiento del Principio de la Legalidad.

2. *La motivación de las leyes de procedimientos administrativos*

En todos los países de América Latina, la motivación de cuerpos normativos de esta naturaleza reguladoras del procedimiento administrativo y de los actos administrativos, ha sido, en *primer lugar*, el establecimiento de un régimen de la acción de la Administración, para la producción de sus



actos administrativos y, en *segundo lugar*, la previsión de un régimen de garantía de los particulares frente a la Administración. Estas leyes reflejan, por ello, la lucha permanente del propio derecho administrativo, dirigida a la búsqueda de un balance o desbalance entre los privilegios de la Administración y los derechos de los particulares. Estas leyes constituyen, por supuesto, una suerte de equilibrio, normando la actividad de la Administración y buscando la garantía de los particulares.

Esto se refleja, por ejemplo, en los considerandos del Decreto 500/991 de Uruguay, donde se precisa la motivación de todo su conjunto normativo; al establecer que el texto tiene:

"el mérito de poner especial énfasis en los principios generales de conformidad con los cuales debe actuar la Administración a fin de servir con objetividad los *intereses generales* con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los *derechos e intereses legítimos* de los administrados."

De ello resulta este rasgo común de las regulaciones sobre procedimientos administrativos, de buscar, a la vez, servir con objetividad los intereses generales y, además, tutelar los derechos de los particulares.

Pero hay otra motivación general de las leyes de procedimientos administrativos, y es asegurar la realización de la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares, con el menor formalismo posible. Por ello, en los mismos Considerandos del Decreto uruguayo se señala, también, como motivo del mismo, el:

"Agilizar y dar flexibilidad al procedimiento evitando la realización o exigencias de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento".

Este, que es un principio fundamental que muchas leyes tienden a garantizar, bien sabemos que en la práctica no se ha logrado concretar, siempre surgiendo en general entre el funcionario o la Administración, que tiene el poder y que lo usa, y el particular que se enfrenta al poder,

una tensión que, en general, no resuelve a favor del administrado, quien no siempre tiene los mecanismos para poder exigir realmente que se apliquen estos elementos de flexibilidad, de reducción del formalismo y de eliminación de trámites innecesarios. Al no existir un efectivo instrumento de protección, como sucede en muchos países, con frecuencia el funcionario utiliza estos mecanismos para imponerle al particular, en definitiva, la voluntad de la Administración.

Un ejemplo de ello deriva de la tensión permanente que existe en nuestras Administraciones entre el Principio de la Publicidad y el Principio del Secreto: para el funcionario, en general, todo es secreto y reservado; en cambio, el particular tiende a que se le permita tener acceso a los documentos de la Administración. Por ello, en muchos países se han venido haciendo esfuerzos para abrir el acceso de los particulares a los archivos y a los recaudos de la Administración.

3. *La enumeración de los principios del procedimiento administrativo en las leyes latinoamericanas*

Otra característica del procedimiento administrativo en América Latina es la de la enumeración, en la propia legislación, de los principios que deben guiar el procedimiento administrativo. Por ello, el tema de los principios del procedimiento, no es un tema teórico de sola elaboración doctrinal, sino que deriva de su enumeración y desarrollo expreso en los textos normativos.

Salvo el caso de Costa Rica, en cuyo texto normativo no hay un artículo específico destinado a enumerar los principios, en el resto de la legislación latinoamericana las leyes destinan expresamente normas relativas a la materia de los principios. Como ejemplo se destaca la Ley argentina, cuyo artículo 1, b expresamente señala que los principios por los cuales se debe regir el procedimiento administrativo son los de la “*celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites*”; enumeración que se va repitiendo en todas las leyes.

En el caso de Venezuela, por ejemplo, la Ley Orgánica, además de los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, agrega el principio de *imparcialidad* (art. 30).



En el Código de Colombia, además de todos estos principios, se agregan otros como los de: *publicidad*, *contradicción* y *conformidad* con el propio *Código* (art. 3), es decir, el principio de legalidad objetiva. En La Ley Federal de México, se sigue la orientación del texto colombiano, agregándose a la enumeración el principio de la *buena fe* (art. 13).

Hay otros textos, como el Decreto del Uruguay, donde la enunciación de los principios es muy extensa y comprensiva, como resulta del texto siguiente:

"Artículo 2.- La Administración debe servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno al derecho, y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales:

- a) imparcialidad,
- b) legalidad objetiva,
- c) impulsión de oficio,
- d) verdad material,
- e) economía, celeridad y eficacia,
- f) informalismo en favor del administrado,
- g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos,
- h) delegación material,
- i) debido procedimiento,
- j) contradicción,
- k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario,
- l) motivación de la decisión; y
- m) gratuidad."

Estos principios, además, señala el mismo artículo, deben servir como criterio *interpretativo* para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento. Una enumeración extensísima de principios de esta naturaleza, sin duda, tiene la ventaja de permitir al Juez contencioso-administrativo ejercer un control más efectivo de la acción administrativa.

Pero mucho más importante que la enumeración de los principios, es lo que debe destacarse en el caso del Código colombiano, en el cual se va

más lejos pues no se queda en una enumeración sino que define el contenido de estos principios orientadores del procedimiento. Esta orientación la sigue el Reglamento sobre procedimientos administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Por ejemplo, en el caso del Principio de *Economía*, el Código colombiano, en su artículo 3, señala:

"En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo, y con la menor cantidad de gastos de quienes intervengan en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones, ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa."

Al referirse al Principio de *Celeridad*, el mismo artículo del Código colombiano señala que:

"...en virtud del principio de celeridad las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. "

Por último, cuando se refiere al principio de la *Eficacia*, la norma del Código colombiano señala que en virtud del mismo

"...se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias."

En estos casos, sin duda, al precisarse el contenido de los principios existe una mayor riqueza de elementos que puedan permitir al Juez contencioso-administrativo un mayor control sobre la actuación de la Administración.



Todo este conjunto de normas nacionales relativas a la enumeración de los principios del procedimiento administrativo y de desarrollo de su contenido, son precisamente los que influyeron en la sanción del Reglamento de procedimientos administrativos que ahora rige para la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el cual se expresa que:

"Artículo 5.- En los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, ésta se regirá por los principios de *legalidad*, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa."

Ahora bien, este conjunto de principios, a través de los cuales puede realizarse un análisis comparativo de todas las leyes de procedimientos administrativos existentes en América Latina, pueden agruparse en siete grandes temas relativos a:

I. *El Principio de la Legalidad*, en el cual se incorporan el principio del sometimiento al derecho y paralelismo de las formas, el principio de la jerarquía y el régimen de la discrecionalidad.

II. *El Principio de la Eficacia*, el cual, a su vez, agrupa un conjunto de principios como el principio de la instrumentalidad, el principio de la economía procesal, el principio del informalismo, el principio *favor acti*, el principio *conservatio acti* o de la finalidad, el principio de la presunción de legalidad, el principio *pro actione* y el principio de la caducidad.

III. *El Principio de la Participación*, que informa todo lo relativo al derecho de petición, al principio de la legitimación, al principio de igualdad y al principio de la publicidad.

IV. *El Principio de la Oficialidad*, donde se incluyen el principio inquisitivo, el principio de la objetividad, el principio de la imparcialidad y de la transparencia, el principio de celeridad y el principio ejecutivo.

V. *Los Principios sobre el Acto Administrativo*, relativos al régimen de los requisitos de legalidad y de las nulidades.

VI. *El Principio del Debido Proceso*, que comprende el principio del contradictorio, el derecho a la defensa, el principio de gratuidad, el principio de motivación, y los principios de confianza legítima, de la buena fe, de la lealtad y de verdad material.

VII. *Los principios relativos a los Recursos Administrativos*, tema que tiene carga importante en el régimen de los procedimientos administrativos, al punto de que puede decirse que las primeras leyes que regularon estos temas en América Latina, fueron las referidas a los recursos administrativos, tanto en las leyes especiales como en forma general. Como ejemplo, en los años treinta en Argentina se reguló legislativamente al Recurso Jerárquico, siendo sin duda, los Decretos y Leyes relativos al mismo el antecedente de los primeros cuerpos normativos relativos al procedimiento administrativo.

Ahora bien, antes de los años setenta, cuando comienzan a dictarse las leyes generales sobre procedimientos administrativos, todos estos principios fueron construyéndose por obra del Juez contencioso-administrativo, sin texto normativo expreso. Por ello es que el derecho administrativo en América Latina lo podemos dividir en esas dos etapas mencionadas: antes y después de las leyes que regularon todos esos principios que había ido creando la jurisprudencia. A medida que estos principios se han ido estableciendo en texto expreso, se han reforzado los instrumentos que le permiten al Juez ir ejerciendo el control de legalidad, y la doctrina y la jurisprudencia han sido catapultadas. Por ejemplo, encontrar en el Decreto uruguayo la enumeración del principio de la *Buena Fe* de forma expresa (art. 2,k) puede considerarse como una revolución, porque en algunas Administraciones, lamentablemente, lo que el funcionario busca normalmente es la manera de obstaculizar al particular, y el particular, a su vez, la manera de engañar a la Administración.

El principio de la Buena Fe, al contrario, tiene que ser el instrumento que pueda permitir al particular confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa. En consecuencia, encontrar este principio expresamente consagrado en el derecho positivo, como es el caso de Uruguay, le permite al Juez poder controlar más la actuación de la Administración. No hay que olvidar que en Europa y particularmente en España, derivado del principio de la *confianza legítima*, que es uno



de los principios contemporáneos desarrollados por el derecho alemán y el derecho de la Comunidad Europea, se han venido desarrollando nuevos mecanismos para regular la actividad de la Administración en relación con los particulares y respecto de la relación jurídica que surge siempre entre ambos. Encontrar este principio, no ya derivado de la jurisprudencia, sino en el derecho positivo, sin duda, puede permitir un avance y un enriquecimiento posterior de gran importancia en nuestra disciplina.

Por lo tanto, el enunciado y definición de los principios en el derecho positivo, permite un mayor control por parte del Juez, que el que podía ejercer con el solo enunciado jurisprudencial. En definitiva, más beneficios origina la positivización de los principios que la sola elaboración jurisprudencial.

Ahora bien, a los efectos de estas IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo de Caracas, de 1998, relativas al tema del procedimiento y la relación jurídico-administrativa, hemos querido presentar estas reflexiones sobre los dos primeros principios del procedimiento administrativo en las leyes de los países latinoamericanos: los principios de legalidad y eficacia.

II. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

Todo el conjunto normativo conformado por las leyes de procedimientos administrativos, sin duda, tiende, a la vez, a reforzar el principio de legalidad como sometimiento de la Administración al derecho y a garantizar la posición de los particulares frente a la Administración.

Por ello, en todas las leyes de procedimientos administrativos, se refuerza el principio de legalidad como exigencia de sometimiento de la Administración a la totalidad de las fuentes del derecho; tema que se puede estudiar desglosándolo en tres principios fundamentales: el principio del sometimiento de la Administración al derecho; el principio de la Jerarquía, que por vía interpretativa de las leyes permite afianzar la legalidad y, por último, el principio de los límites a la discrecionalidad, es decir, la reducción de la arbitrariedad que también encuentra consagración positiva.

1. *El principio del sometimiento de la Administración al derecho (la totalidad de las fuentes)*

El sólo hecho de que se dicte una Ley de Procedimientos Administrativos es un enunciado formal de que la Administración tiene que someterse al derecho y, a su vez, de que ese sometimiento puede ser objeto de control por los tribunales contencioso-administrativos y, en general, por la justicia administrativa. Se trata, nada más ni nada menos que de uno de los signos de afianzamiento del Estado de Derecho.

Ahora bien, ese sometimiento al derecho, como principio del Estado de Derecho, tiene diverso alcance según los órganos del Estado y los diversos actos estatales. Por ejemplo, las leyes dictadas por el Congreso o Parlamento y los “*interna corporis*”, son actos sólo sometidos a la Constitución en cuanto que se dictan en ejecución de la misma; asimismo, los llamados “actos de gobierno” del Ejecutivo, son también actos de ejecución directa de la Constitución, por lo que el sometimiento al derecho de dichos actos es lo que la Constitución establezca. En esos casos, no puede ni siquiera haber una ley interpuesta entre la Constitución y un *interna corporis* o un acto de gobierno, por lo cual el ámbito de derecho aplicable depende del acto y del órgano que lo dicta y en qué condiciones se emanan en relación con la Constitución.

En cuanto a la actividad administrativa, ésta, por supuesto, no sólo está sometida a la Constitución sino también a las otras fuentes del ordenamiento jurídico, incluso a las fuentes no escritas; de allí la importancia de los Principios Generales del Derecho Administrativo que han guiado la elaboración de las leyes de procedimientos administrativos, constituidos a través de la aplicación jurisprudencial, que ha concluido con la positivización de aquellos principios.

Ahora bien, en cuanto al sometimiento de la Administración al Principio de Legalidad, al analizar las leyes de procedimientos administrativos se constata que ya no se trata sólo de un principio general del ordenamiento sino que tiene expresión formal en los textos. Uno de estos enunciados está, por ejemplo, en el Reglamento de la Comunidad Andina, al disponer su artículo 5°:



“En virtud del *principio de la legalidad*, la Secretaría deberá someterse en su actuación a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad.”

Y el artículo 8 del Reglamento agrega que:

“Las Resoluciones de la Secretaría General deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores”.

Se refiere la norma, por supuesto, a todo el conjunto de normas que configuran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, como lo define el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Otras leyes nacionales también enuncian este principio en forma expresa. Por ejemplo, la Ley General de Costa Rica señala que: “la Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico...” (art. 11); agregando otro artículo (art. 13), que:

“La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.”

La Ley General costarricense es enormemente rica al consagrar, en su propio texto, la sujeción de la Administración no sólo a la ley escrita sino también a las normas no escritas del ordenamiento. Incluso, dicha Ley llega a enumerar expresamente la jerarquía de las fuentes, así:

“Artículo 6,1.- La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

- a) La Constitución Política;
- b) Los Tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;
- c) Leyes y los demás actos con valor de ley;

- d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes;
- e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados;
- f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.”

Además, en la Ley General se enumeran las fuentes no escritas: “la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho”, las que deben servir “para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan” (art. 7).

Y para completar la positivización del principio de la legalidad el artículo 8 agrega este enunciado:

“El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las fuentes no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales.”

Con ello, el enunciado del principio del necesario equilibrio entre el Poder de la Administración (la eficiencia de la Administración) y los derechos de los particulares, también encuentra consagración en el derecho positivo.

Aparte de esto, la Ley costarricense señala otros principios a los cuales queda sometida la Administración, como los relativos a los servicios públicos, al decir que (art. 4):

“La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta también en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad sobre que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.”

Ahora bien, este principio del sometimiento de la Administración al derecho encuentra, en este conjunto de leyes, una consagración expresa en



tres aspectos que hay que destacar: en *primer lugar*, en el carácter siempre sublegal de la actividad de la Administración y del acto administrativo; en *segundo lugar*, en la regulación misma del régimen de los procedimientos, que tiene carácter obligatorio, proscribiéndose las vías de hecho; y, en *tercer lugar*, aún cuando no haya regulación general del procedimiento, en la importancia del principio del paralelismo de las formas como un elemento que debe guiar la actuación de la Administración.

A. El carácter sublegal de la actividad administrativa

a. *El sometimiento a la Ley*

Toda actividad administrativa es de carácter y rango sublegal; por lo que, con ello, el acto administrativo se distingue del acto de gobierno del Ejecutivo y de los actos del Parlamento, que sean de rango legal, dictados en ejecución directa de la Constitución y sometidos, por tanto, al sólo control de la jurisdicción constitucional. En cambio los actos administrativos están sometidos al control de la conformidad con el derecho que ejercen los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, el tema del carácter sublegal de la actividad administrativa es el que conduce al elemental principio del sometimiento o sujeción de la Administración a la Ley, con la particularidad de que en América Latina se plantea un esquema de relaciones entre la ley y el acto normativo de la Administración (reglamento) distinto al que, por ejemplo, se produce en Francia.

En efecto, puede decirse con carácter general, que en América Latina no hay áreas normativas reservadas a la Administración. La función normativa por excelencia corresponde al Legislador, órgano que tiene la posibilidad de ejercer sin límite su potestad normativa. Por tanto, el principio del derecho francés de que existen áreas reservadas al Poder Ejecutivo para ser reglamentadas, que limitan la potestad reguladora del Legislador, no existe en América Latina. Al contrario, en nuestros países la potestad normativa del Legislador, en principio, es ilimitada, por lo que puede regular y normar todo dentro del marco de la Constitución. Es decir, la competencia normal

normativa corresponde al Parlamento, no habiendo áreas reservadas al reglamento; al contrario, lo que sí puede haber y existen, son áreas reservadas al Legislador que configuran la reserva legal, como limitación a la potestad reglamentaria.

En consecuencia, el primer principio que deriva del carácter sublegal de la actividad administrativa es el del respeto a la Ley; cuyo antecedente normativo, en todo caso, puede encontrarse en la legislación española, específicamente en la Ley de Procedimientos Administrativos de 1957, que estableció el principio de que “la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes...” (art. 57).

b. Respeto a la reserva legal

De lo anterior resulta, como se dijo, que no hay áreas de regulación normativa reservadas al Reglamento, que siempre está sometido y subordinado a la ley; pero, en cambio, hay áreas que están reservadas al Legislador, que implican una limitación a la potestad reglamentaria y al acto administrativo normativo. Estas áreas de la reserva legal derivan de principios constitucionales o de normas expresas de la Constitución.

En este sentido, no es infrecuente encontrar en la Constitución reservas legislativas expresas, por ejemplo, en materia de organización administrativa, como sucede en el caso venezolano, cuya Constitución precisa que “la Ley determinará la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República (art. 234); o que “la organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá... por las normas que para desarrollar los principios constitucionales y por las disposiciones constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados” (art. 26). Por lo tanto, en materia de organización, en estos casos, es la Constitución la que expresamente establece las reservas legales.

En otros casos, la reserva legal deriva de principios constitucionales, que comienzan a encontrar su expresión positiva en leyes. En efecto, las áreas reservadas al legislador y que implican un límite a la potestad reglamentaria normativa, derivan de tres principios cons-



titucionales clásicos: El régimen de los derechos y garantías constitucionales, es decir, la limitación de los derechos constitucionales; el establecimiento de sanciones e infracciones; y el establecimiento de tributos y contribuciones; todas áreas de regulación reservadas al Legislador.

Estos principios, si bien se han ido construyendo por la jurisprudencia, es decir, tanto por el juez administrativo como por el juez constitucional, ahora comienzan a encontrar su expresión concreta en textos normativos, como las leyes de procedimientos administrativos.

Por ejemplo, en cuanto al régimen de derechos y garantías, la Ley General de la Administración de Costa Rica establece que: “el régimen jurídico de los derechos constitucionales está reservado a la ley.” (art. 19,1). En el caso de Venezuela, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que:

“Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho públicos, salvo dentro de los límites determinados por la Ley.” (art. 10)

En esta forma, se estableció la reserva legal en materia de sanciones e infracciones.

En sentido similar, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica dispone que (art. 124):

“Los Reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer ni imponer penas, exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares.”

Encontramos así, en la legislación de Costa Rica, los tres principios constitucionales sobre reserva legal consagrados en forma expresa en la Ley General: el régimen de los derechos constitucionales, el régimen de las sanciones e infracciones, y el régimen de los tributos o exacciones, que sólo pueden establecerse por ley.

B. La regulación del procedimiento mismo

a. Ambito de aplicación

Otro signo del desarrollo del principio del sometimiento de la Administración al derecho, es el hecho de la regulación formal expresa del procedimiento mismo, lo que lleva a un cuerpo de enunciados sobre el ámbito de aplicación de estas leyes, que conducen a su obligatoria aplicación y acatamiento.

a'. Principio de la Generalidad

El principio fundamental que rige en esta materia, por tanto, es el de la generalidad, es decir, dictada una ley de procedimientos administrativos, ésta establece un régimen básico, común (de allí la nueva denominación de la ley española: Ley de Régimen Común) o general que se aplica a toda la Administración Pública, salvo excepciones siempre expresas.

Por supuesto, hablar de la Administración Pública exige precisar si ésta se define desde el punto de vista orgánico o funcional. Puede decirse que en general, en las leyes de procedimientos administrativos se adopta para definir su ámbito de aplicación, un criterio orgánico, siendo la excepción la definición de dicho ámbito de la aplicación mediante criterio funcional.

Esta excepción se da en el caso de Colombia, cuyo Código Contencioso-Administrativo, en el libro sobre Procedimientos Administrativos, prescribe que sus normas se aplican al *ejercicio de la función administrativa*, sea cual sea el órgano o entidad que la ejerza. En el artículo 1° del Libro Primero del Código, en efecto, al establecerse el ámbito de aplicación del Código y luego enumerarse a los órganos de todas las ramas del Poder Público, las entidades descentralizadas, los órganos desconcentrados de rango constitucional y las entidades privadas a las cuales se aplica, se precisa que rige “cuando unos y otros cumplan funciones administrativas.”

Por ello, la definición del ámbito de aplicación del Código de Colombia es funcional, sea quien sea que ejerza la función administrativa se rige



por sus normas, sea un órgano del Congreso, de la Administración, o las entidades particulares cuando dictan actos administrativos.

Pero, como se dijo antes, esta definición es excepcional, ya que el ámbito de aplicación de las leyes de procedimientos administrativos en el resto de Latinoamérica es de carácter orgánico. Normalmente se aplican a la Administración Pública Centralizada (Venezuela, Uruguay, México y Argentina); y en algunos casos se extiende a la Administración Pública Descentralizada funcionalmente (Venezuela y Argentina).

b'. Principio de extensión

Ahora bien, una consecuencia del régimen de la definición orgánica para precisar el ámbito de aplicación de las leyes de procedimientos administrativos, es la previsión en su texto, de la posibilidad de extensión de su aplicación a otros órganos no comprendidos en dicho ámbito, como norma supletoria, siempre que la regulación sea aplicable.

En aquellos países de régimen federal, por ejemplo, Argentina, México y Venezuela, la distribución territorial del Poder Público en forma vertical, hace que los niveles estatales y municipales tengan su autonomía, inclusive para regular los procedimientos administrativos, no existiendo una sola y general ley nacional de procedimientos administrativos. Por ello, en México, la Ley se denomina “Ley Federal” de procedimientos administrativos, que es distinta a las leyes de cada uno de los Estados de la Federación o del Distrito Federal, sobre procedimientos administrativos. En el caso argentino, la ley nacional de procedimientos administrativos es distinta a las leyes provinciales sobre procedimientos administrativos, las cuales, incluso, históricamente son anteriores a la ley nacional.

En el caso de Venezuela sucede lo mismo: siendo la forma del Estado la de un Estado federal, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no se aplica a los Estados y Municipios. Sin embargo, por el principio de la Extensión, en Venezuela, la propia Ley Orgánica nacional señala que las disposiciones de la misma se aplican a los Estados y Municipios, “en cuanto les sea aplicable”. En esta forma, a través de este Principio de la Extensión se permite, a nivel de los principios del pro-

cedimiento, controlar la legalidad de la actuación de los Estados y los Municipios, hayan estos dictado o no sus propias leyes u ordenanzas sobre procedimientos administrativos.

En Venezuela incluso, el Principio de Extensión conduce a prever la aplicabilidad de la Ley Orgánica a las Administraciones Públicas funcionalmente Autónomas de rango constitucional, como la Contraloría General de la República y el Ministerio Público. Son entidades que no están subordinadas a ninguno de los órganos de los tres clásicos poderes del Estado, con autonomía incluso para dictar sus normas de procedimientos. Sin embargo, la Ley Orgánica venezolana extiende su aplicación a dichas entidades, también, en cuanto su normativa les sea aplicable.

c'. Los procedimientos excluidos

Ahora bien, como excepción al Principio de la Generalidad, las leyes de procedimientos administrativos, en general, establecen excepciones expresas y precisas respecto de su aplicabilidad a determinados procedimientos. En Venezuela, por ejemplo, quedan excluidos de la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos, “los procedimientos concernientes a la seguridad y defensa del Estado” (art. 106).

En otro sentido, el Código colombiano precisa que sus normas:

“no se aplicarán a los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.” (art. 1).

En Argentina, en estas materias, la Ley de Procedimientos autoriza al Poder Ejecutivo para dictar el procedimiento administrativo que regirá respecto de los organismos militares y de defensa y seguridad, a propuesta de éstos, adoptando los principios básicos de la presente Ley y su reglamento. (art. 2).

Por otra parte, en Colombia también se excluyen de la aplicación del Código, los procedimientos “para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción” (art. 1).



En México, la Ley Federal establece una amplia exclusión al disponer que la misma:

“no será aplicable a las materias de carácter fiscal, financiero, responsabilidades de los servidores públicos, electoral, competencia económica, justicia agraria y laboral, así como al Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales”. (art. 1)

b. Los Procedimientos especiales y el Principio de supletoriedad.

Otro principio derivado de la regulación del procedimiento es el Principio de Supletoriedad derivado del régimen de los procedimientos especiales.

En todas las leyes de procedimientos administrativos se señala que puede haber procedimientos especiales que se pueden regular, en cuyo caso rige el principio de la especialidad, pero paralelamente con el principio de la supletoriedad, en el sentido de que para estos procedimientos especiales se aplica el régimen general de la Ley, en que todo lo no regulado en los referidos procedimientos especiales.

Es el caso del Código Colombiano, en cuyo artículo 1º se prescribe que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, se regirán por éstas y en todo lo no previsto en ellas, se aplican las disposiciones del Código.

En igual sentido el régimen venezolano de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala, que si hay procedimientos regulados en leyes especiales aquellos se aplican con preferencia al procedimiento ordinario previsto en la Ley en las materias de su especialidad.

En esta forma, el principio supletorio es un rasgo común de estas leyes de procedimientos administrativos, que también recoge la Ley mexicana (art. 2) y la Ley argentina (art. 2).

c. El régimen supletorio del Procedimiento Civil

Pero también podría identificarse un principio supletorio general, de aplicabilidad de normas procesales generales, pero respecto de las leyes

de procedimientos administrativos, el cual, sin embargo, no tiene una regulación uniforme. Las únicas leyes de procedimientos administrativos que regulan este aspecto son las de Costa Rica y México.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, que rige los procedimientos de la Administración, precisa que en ausencia de disposición expresa de su texto se aplican “supletoriamente”, en lo que fueren compatibles, las otras leyes que contengan normas procesales, que son, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código de Procedimiento Civil (art. 229). En México, la Ley Federal también prescribe que

“El Código Federal de Procedimiento Civil se aplicará, supletoriamente a esta Ley, en lo conducente”. (art. 2)

En todo caso, este ha sido de los temas mas discutidos en relación al régimen procesal administrativo. Las leyes administrativas están regidas por el principio del informalismo y el principio de la flexibilización de la acción administrativa, por lo que como principio, al procedimiento administrativo no debería aplicarse el Código de Procedimiento Civil. Como ejemplo, debe destacarse en Venezuela, el rechazo sistemático de los tribunales contencioso-administrativos en no admitir la aplicación de los principios del Código de Procedimiento Civil al campo administrativo. Por lo tanto, en general, por los principios del informalismo y antiritualismo que deben regir al procedimiento administrativo, no debe haber una aplicación supletoria de las normas procesales civiles.

En los casos de Costa Rica y de México, donde si se remite al Código de Procedimiento Civil para lo no previsto en la ley, podría identificarse una fuerte contradicción entre el antiformalismo del procedimiento administrativo y el excesivo formalismo que caracteriza las normas de procedimiento civil.

d. El Principio de Exclusividad

Ahora bien, regulado un procedimiento administrativo, sea en una ley especial o en una ley general de procedimientos administrativos, ese es el procedimiento que debe aplicarse exclusivamente, siendo el único válido y admisible.



Por tanto, una vez regulado un procedimiento administrativo, queda eliminado todo ámbito de discrecionalidad de la Administración en poder escoger o aplicar un procedimiento cualquiera. Este es uno de los principios claves de la garantía de los particulares frente a la Administración, el que exclusivamente se aplique el procedimiento que regula la ley, no teniendo el funcionario poder discrecional alguno para aplicar cualquier otro procedimiento, porque si no iría en contradicción con el régimen mismo del procedimiento.

Por tanto como garantía de los particulares, se erige el Principio de Exclusividad, lo que en relación a la Administración se traduce en el Principio de Obligatoriedad.

C. La obligatoriedad del procedimiento

a. El principio de la imperatividad

En efecto, regulado legalmente el procedimiento, éste es de obligatoria aplicación. Así lo señala la Ley Federal mexicana, al prescribir que las disposiciones sobre procedimiento administrativo:

“son aplicables a la actuación ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa”. (art. 12)

Sin embargo, entre las leyes de procedimientos administrativos, se pueden identificar algunos supuestos en los que si bien se regula el procedimiento administrativo, el mismo podría no ser obligatorio. Es el caso, por ejemplo, de procedimientos que no afecten a los particulares; por esto el procedimiento es una garantía de los particulares, y así expresamente lo señala la ley de Costa Rica.

En efecto, conforme al artículo 308 de la Ley General establece que:

“El procedimiento (ordinario) será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole

- derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y
- b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del Expediente.”

Por ello, también, la Ley General de Costa Rica agrega que: “el trámite que regula esta ley, se aplicará cuando el acto final haya de producir efectos en la esfera jurídica de otras personas” (art. 215), es decir, pueda causar perjuicios o afectar a otros particulares, cuando exista contradicción o participación de los particulares.

b. Las clases de procedimiento

Hay que distinguir, por tanto, los tipos de procedimientos a los efectos de precisar su obligatoriedad: los que afecten a los particulares y los que no los afecten.

Por ello, si el procedimiento es de efectos internos exclusivamente respecto de la Administración, la Ley de Costa Rica prescribe que la Administración, discrecionalmente, puede regular el procedimiento. En consecuencia, la obligatoriedad es total cuando el procedimiento implique actos o acciones que vayan a afectar a los particulares: al contrario, cuando esta afectación a los particulares no existe, la Administración tiene la libertad de escoger cualquier otra modalidad de procedimiento.

Ahora bien, una excepción a la obligatoriedad, cuyo enunciado encontramos en la Ley General mexicana, se refiere a aquellos casos en que “medie una situación de emergencia o urgencia, debidamente fundada y motivada”, en cuyo caso la autoridad podrá emitir el acto administrativo sin las formalidades del procedimiento, pero siempre respetando las garantías individuales (art. 61). Con lo cual, en situaciones excepcionales podría obviarse el principio de la obligatoriedad, así como también el procedimiento, y dictarse el acto sin regirse por la norma, pero siempre respetando las garantías de los particulares.

c. El Principio de la responsabilidad

La obligatoriedad del procedimiento trae como consecuencia, en todas las leyes, la aplicación del principio de la responsabilidad; por tanto, la



mora o la no aplicación del procedimiento o trámites compromete la responsabilidad tanto de la Administración (art. 6 de la Ley Orgánica venezolana) como del funcionario.

Así esta expresamente regulado en la ley venezolana y en el Código colombiano. En la primera, se declara responsable al funcionario por “retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo” establecido en la Ley (art. 100); y en el Código de Colombia, se destina uno de los títulos del Libro Primero a la responsabilidad del funcionario por no aplicar el procedimiento administrativo en la forma legalmente prescrita. (arts. 76 a 79)

D. El Principio del paralelismo de las formas

Un principio que también hay que enunciar como consecuencia de la regulación del procedimiento administrativo, es el Principio del Paralelismo de las Formas. Es decir, que regulado un procedimiento para la producción de un acto administrativo, cualquier modificación a ese acto, aun cuando no este regulada expresamente, debe seguir las mismas formas y formalidades prescritas para el acto inicial, que deben regir la emisión del acto subsecuente. Es un principio que puede tener una aplicación importante porque muchas veces se regula sólo la forma de emisión de un acto pero no sus modificaciones legales. El principio del paralelismo de las formas obliga a que las modificaciones también se rijan por los mismos principios que guiaron la emisión.

Es un principio que ha sido admitido por la jurisprudencia con mucha frecuencia, el cual puede conducir a nuevos ámbitos de control de la legalidad.

E. La proscripción de las vías de hecho

La consecuencia de la regulación del procedimiento y del necesario sometimiento a la ley que lo regula, es la necesidad de que la Administración, en su actuación, tenga que seguir las vías legales. La consecuencia de esto es que quedan proscribas las vías de hecho, las cuales existirían en toda actuación de la Administración que se aparte del procedimiento legalmente establecido o cuando la Administración pretenda adoptar una decisión sin que exista un acto previo que la autorice.

Este principio lo encontramos, por ejemplo, en la Ley Orgánica venezolana, en materia de ejecución de actos administrativos, al establecer que:

“Ningún órgano de la Administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a los actos”.
(art. 78)

Por ello, la actuación de la Administración mediante actos materiales se considera como una vía de hecho si no tiene su fundamento de un acto administrativo formal previo de la propia Administración.

En el caso de la legislación argentina, la regulación de las “vías de hecho” es expresa al imponer a la Administración la abstención de “comportamientos que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales.” (art. 9,a)

Incluso se califica de “vía de hecho” el poner en ejecución un acto administrativo cuando está pendiente algún recurso administrativo de los que impliquen efectos suspensivos respecto de la ejecución del acto; o cuando habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado. (art. 9,b)

2. *El Principio de la Jerarquía*

A. *La jerarquía de los actos administrativos*

El segundo principio del procedimiento administrativo derivado del Principio de la Legalidad es el Principio de la Jerarquía, que también tiene su antecedente formal en la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, que prescribía que “ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior”. (art. 23, 1)

Esa norma fue recogida textualmente en la legislación venezolana, al establecer el artículo 13 de la Ley Orgánica que “ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía”. Consecuente con esta prescripción, el ordenamiento venezolano además establece el orden jerárquico de los actos administrativos, así:



“Decretos, Resoluciones, ordenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas.” (art. 14)

Por lo tanto, el Principio de Jerarquía en la organización administrativa, rige en materia de legalidad, obligando al sometimiento de los actos administrativos de los órganos inferiores respecto de los dictados por los superiores, con regulación expresa en las leyes de procedimientos administrativos.

B. El Principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos

El segundo principio derivado del Principio de la Jerarquía, es el que en España se ha llamado principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, es decir, la obligación de la Administración de respetar los actos normativos cada vez que se dicte un acto individual o de efectos particulares. No sólo se trata de que el órgano inferior respete el acto normativo dictado por el órgano superior, sino que el mismo órgano que dictó un acto normativo lo respete, al dictar un acto de efectos particulares e, incluso, que el órgano superior respete el acto normativo del inferior al dictar un acto administrativo de efectos particulares.

Este principio también tiene relación con el principio del paralelismo de las formas: el reglamento sólo puede modificarse por otro reglamento, dictado por la misma autoridad que dictó el primero, conforme al mismo procedimiento. Dictado un acto normativo en una determinada área de competencia, ese reglamento no puede ser modificado o derogado singularmente cuando se dicte un acto individual, sea que el acto individual lo dicte un superior, sea que lo dicte el mismo órgano, sea que lo dicte un inferior.

Este principio encuentra regulación expresa en la Ley Orgánica venezolana, en cuyo artículo 13 se señala que los actos administrativos de carácter particular no pueden

“vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aún cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general.”

En el caso de la Ley General de Costa Rica, su artículo 13 establece:

“La Administración estará sujeta en general a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.”

“La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que provengan de otra superior o inferior competente.”

En consecuencia, dictada una norma reglamentaria ésta no puede derogarse singularmente cuando se dicta un acto individual, sino que tiene que ser modificada por la misma autoridad, mediante otro acto reglamentario.

El enunciado de este principio también lo encontramos en el Reglamento de la Comunidad Andina:

“Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo.” (art. 9)

C. Principios derivados de la propia jerarquía: la potestad de instrucción

Una de las consecuencias esenciales del principio jerárquico es la posibilidad que tiene el órgano superior de dar instrucciones y directrices, así como coordinar y vigilar la actuación de los órganos inferiores. Estos principios se encuentran enunciados en leyes como la de Uruguay, que da la potestad al jerarca de

“dirigir, con carácter general, la actividad de los funcionarios en todo cuanto haya sido objeto de regulación por los órganos jerárquicos, mediante instrucciones que harán conocer a través de circulares”. (art. 10)

En esta materia, la Ley General de Costa Rica trae una larga regulación sobre relaciones interorgánicas (relaciones de dirección, de jerarquía y



de obediencia) que debe destacarse. En efecto, precisa que la jerarquía implica la potestad de dirección:

“cuando dos órganos de administración activa tengan diversa competencia por razón de la materia y uno de ellos pueda ordenar la actividad del otro, imponiéndole las multas de la misma y los tipos de medios que habrá de emplear para realizarlas, dentro de una relación de confianza incompatible con órdenes, instrucciones o circulares” (art. 99).

En cuanto a la relación jerárquica, es la que existe:

“entre superior e inferior cuando ambos desempeñan funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia” (art. 101).

A tal efecto, el superior jerárquico tiene las siguientes potestades (art. 102):

- a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;
- b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;
- c) Ejercer la potestad disciplinaria;
- d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;
- e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o

no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y

- f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que e produzcan entre órganos inferiores.”

D. El Principio de la obediencia debida

Está, además, el *principio de la obediencia debida*, es decir, el deber de obediencia que tiene el funcionario inferior en relación al superior y el tema de la excusa debida, es decir, cuándo un funcionario no está obligado a respetar la decisión del superior.

En Venezuela es norma constitucional la que establece que no sirven de excusa, respecto de la responsabilidad de los funcionarios por la emisión de actos contrarios a los derechos constitucionales, órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes (art. 46), por lo que la violación de derechos constitucionales no podría justificarse por las instrucciones del órgano superior contrarias al ordenamiento.

Este tipo de normas, sin embargo, no es frecuente en las leyes de procedimientos administrativos, salvo en la Ley General de Costa Rica, la cual dice expresamente, que todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, siempre que el acto provenga de un superior jerárquico, sea o no inmediato (art. 107), agregando:

“deberá desobedecer las órdenes que contengan actos manifiestamente arbitrarios o que constituyan abuso de autoridad u otro delito o que comporten realizar actos extraños a la competencia del inferior.”

En ese caso no puede haber excusa debida, y el funcionario tiene la posibilidad y el deber de no cumplir las órdenes arbitrarias.

E. Los principios de descentralización, desconcentración y coordinación

El otro elemento vinculado al Principio de la Jerarquía y a su desviación y atenuación, son los clásicos principios de la organización adminis-



trativa. En primer lugar, el Principio de la Desconcentración, mediante el cual se rompe con la jerarquía o el grado, porque al desconcentrarse una función normalmente se pone fin a la vía administrativa en el órgano donde se desconcentra la competencia y con ello se rompe el principio de jerarquía.

En segundo lugar, el Principio de Descentralización, con el cual también se rompe la jerarquía, pues la competencia sale del órgano que la tenía y se atribuye a una persona jurídica distinta, surgiendo un sujeto de derecho como entidad descentralizada funcionalmente. La descentralización puede ser también, de carácter político-territorial, como forma del Estado (federalismo, municipalismo).

En ambos casos de desconcentración y descentralización se rompe el principio de la jerarquía, con la diferencia de que en caso de descentralización funcional se crea un sujeto con personalidad jurídica, y en el caso de la desconcentración, la ruptura de la jerarquía se produce por el grado y la atribución de competencia.

En cuanto al principio de la coordinación, en realidad, es esencial al principio jerárquico, para integrar la voluntad de órganos inferiores.

3. *El régimen de la discrecionalidad*

Así como Adolf Merkl definía el derecho administrativo como “el derecho del procedimiento administrativo”, Marcel Waline también lo definía como “el derecho relativo al poder discrecional”. Esto lo que denota es la importancia que tuvo tanto el estudio del procedimiento administrativo para la Escuela Vienesa como la aproximación al estudio del poder discrecional en la doctrina francesa de hace unas décadas.

A. *La reducción de la discrecionalidad: los conceptos jurídicos indeterminados*

En todo caso, si algo ha caracterizado al derecho administrativo en las últimas décadas en todos nuestros países, como se enunció en aquel célebre trabajo de Eduardo García de Enterría, sobre *La lucha contra las inmunidades del poder*; es el proceso de redefinición del ámbito de

la discrecionalidad, y de limitación de la misma. Esto, puede decirse, es el signo común del Derecho Administrativo y, en particular, de las leyes de procedimientos administrativos.

En algunas de las leyes de procedimientos administrativos se ha regulado el tema de la discrecionalidad, entendida como la posibilidad que da la ley al funcionario de adoptar decisiones según su apreciación de la oportunidad y conveniencia, pudiendo normalmente adoptar varias decisiones que de acuerdo a la apreciación de los hechos y a la finalidad de la norma, todas, si se aplican, podrían ser justas.

El esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia de las últimas décadas ha consistido en deslastrar a los funcionarios de ciertas áreas de actuación que antes se consideraban como parte del poder discrecional y que progresivamente se han ido eliminando de dicho ámbito, como es el caso del tema de los “conceptos jurídicos indeterminados”, derivados de la doctrina alemana y bastante desarrollado por la doctrina española y que permiten sacar del ámbito de la discrecionalidad actuaciones que no lo son, que son más bien parte de la legalidad, del sometimiento estricto a la ley, y que no le dejan a la Administración la libertad de optar por varias posibilidades en su actuación, sino que, al tener la Administración una sola posibilidad justa de actuar, ya no es poder discrecional. Es lo que en Italia se ha llamado la “discrecionalidad técnica”, llamada “técnica” precisamente para determinar que no es discrecionalidad porque el juicio depende de elementos técnicos, y al depender de ellos, sólo una solución y no múltiples, es viable.

Por su interés, debemos destacar la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela de 1983, en la que se analizó el tema de “los conceptos jurídicos indeterminados”, dictada con motivo de una decisión administrativa basada en el Reglamento de Radiodifusión Audiovisual, el cual, en uno de sus artículos decía que las estaciones televisoras sólo podrán transmitir programas recreativos que contribuyeran a la sana diversión, “sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia y el delito” (art. 1).

Con fundamento en esta norma, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones decidió clausurar un programa de televisión denominado “Hola



Juventud”, diciendo que por que en determinado horario se había proyectado “una escena de una obra de Teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta”, se habría infringido en esta forma la norma antes mencionada. Se trataba de la escena de una obra de teatro brasileña que personificaba el nacimiento de un héroe mitológico indígena.

Este acto administrativo fue impugnado en la oportunidad pertinente, y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 19-5-83 razonó como sigue en la decisión (*Revista de Derecho Público*, N° 34, 1988, p. 69) que dictó:

“El presupuesto de hecho – ofensa a la moral pública – incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y el alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada...”

Luego entró la Corte a analizar el concepto de moral pública así:

“6.- La moral es el conjunto de valores que distinguen a una civilización, a un pueblo o a un individuo. El respeto y preservación de algunos de estos valores conciernen sólo

al individuo y constituyen un problema de conciencia y de propia satisfacción espiritual. En cambio existen otros valores individuales cuya conservación y acatamiento son considerados necesarios por una determinada colectividad o por un pueblo. Son aquellas reglas de conducta que deben ser observadas como garantías del orden público y de la convivencia social.

El empleo por la norma de la expresión moral pública, evidencia en primer lugar que lo que con ella se trata de preservar no son reglas atinentes a la moral individual, sino aquellas cuya violación podría afectar de alguna manera el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos.

La determinación de tales reglas no puede ser el producto de la concepción individual o subjetiva de algún funcionario. Configurando una manifestación de la cultura general de un pueblo en un momento de su evolución histórica, su determinación tiene que ser el resultado de una investigación objetiva acerca de la conducta, sentimiento, opiniones y reacciones de la colectividad frente a determinados hechos.

7.- La moral pública es dinámica. Cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres. De aquí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente a la moral pública, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquella se realizó.

En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta que afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad.”

Con este razonamiento la Corte anuló la decisión impugnada.

El tema, en todo caso, es de la reducción a la libertad de apreciación, cuando hay una sola solución es justa, aplicándose entonces la noción de conceptos jurídicos indeterminados. Otro ejemplo en esta materia es



el concepto de “utilidad pública” para expropiar; o la hay o no la hay, pero no la puede haber a medias; así mismo, el “precio justo”, también en materia de expropiación; o es justo o no lo es, además, hay elementos técnicos para determinarlo.

Este principio lo encontramos, consagrado en el orden positivo, en la legislación de Costa Rica al disponer, la Ley General, que la actuación de la Administración “en ningún caso podrá consistir en dictar actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica” (art. 16). Se destaca, entonces, esta remisión a los principios de la ciencia y de la técnica, que no pueden violarse al dictar el acto administrativo.

B. Los límites a la discrecionalidad (proscripción de la arbitrariedad)

Por otra parte, debe destacarse en las leyes de procedimientos administrativos, el esfuerzo legislativo por establecer límites a la discrecionalidad. En tal sentido, las leyes de Venezuela y Costa Rica y el Reglamento de la Comunidad Andina establecen el principio de que en el caso de actos discrecionales siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que lo originen. Así, los principios de razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad, que conforman el conjunto de límites a la discrecionalidad, pueden identificarse en algunas de estas leyes.

La Ley General de Costa Rica lo expresa así:

“Artículo 15.- La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero está sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable. El juez ejercerá contralor de la legalidad sobre los aspectos reglados del actos discrecional y sobre la observancia de sus límites.”

“Artículo 160.- El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de convivencia según lo impliquen las circunstancias de cada caso.

“Artículo 216.- La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en caso de actuaciones discrecionales, a los límites de la racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél.”

En la misma orientación, el artículo 17 de la Ley General prescribe que

"La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario".

Además, el artículo 16 de la misma Ley General prescribe que

"En ningún caso podrán dictarse actos contrarios ...a principios elementales de justicia, lógica o convivencia. El juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad".

En esta forma, en lo concerniente a los límites al principio de la discrecionalidad, estos se encuentran, en su mayoría, positivizados en la legislación costarricense.

En la Ley venezolana también se destaca este principio general de la limitación al poder discrecional así:

“Artículo 12.- Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”

El mismo principio lo encontramos en el Código colombiano:

“Artículo 36.- En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”



En esta forma, los principios de proporcionalidad y finalidad los encontramos en las normas colombiana y venezolana. Adicionalmente, se han agregado los otros principios de proscripción de la arbitrariedad que se han venido enunciando por la doctrina y jurisprudencia, como son la razonabilidad, la justicia, la equidad y la igualdad, los cuales se encuentran presentes en la jurisprudencia de casi todos los países de América Latina.

En Argentina, particularmente, se encuentra muy desarrollado el principio de la razonabilidad, concepto que puede decirse se originó en ese país, tanto en materia de control de la constitucionalidad de las leyes como en materia de control de la actividad de la Administración en el ámbito del poder discrecional. Así, el tema de la razonabilidad con términos como: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada quien lo que le corresponde, lo ha utilizado con frecuencia la jurisprudencia en Argentina y Uruguay para definir los límites a la discrecionalidad.

Es por ello que, hoy en día, estos principios ya no son sólo principios generales del derecho creados por el juez administrativo, sino que como se ha visto, comienzan a encontrar consagración positiva.

Incluso, debe señalarse que una norma similar a la colombiana y la venezolana también se ha recogido en el Reglamento sobre Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que establece que (art. 10):

“Cuando una norma del ordenamiento de la Comunidad Andina disponga la aplicación de alguna medida por parte de la Secretaría General, dicha medida o providencia debe mantener la debida proporción con los supuestos de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”

III. EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA

El segundo de los principios del procedimiento administrativo que todas las leyes de procedimientos administrativos de América Latina incluyen en la enumeración que hacen de los mismos, es el principio de la *eficacia*. Así sucede con las leyes Argentina (art. 1), Venezolana (art.

30), y Mexicana (art. 13), y con el Decreto de Uruguay (art. 2). Pero una definición precisa del principio de la eficacia solo se encuentra en el Código Colombiano, como principio de interpretación del procedimiento, en los siguientes términos:

Art. 3. “En virtud del principio de *eficacia*, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.”

En esta forma, el principio de la eficacia implica el principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad.

Este tema del logro del fin, en efecto, es el que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento. El *fin*, vinculado tanto al interés general, como al interés de la Administración y al interés del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible.

Este principio de interpretación del procedimiento administrativo implica varios principios que las leyes latinoamericanas recogen: el Principio de la Instrumentalidad; el Principio de la Economía Procesal; el Principio de la Presunción de la legalidad y validez, es decir, el de lograr los efectos de los actos comenzando por presumir que son válidos y eficaces; el Principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a lo solicitado, a la acción, al requerimiento, cuando se trate de procedimientos que se inicien a petición de parte; y el Principio de la Caducidad del procedimiento cuando no se cumplen las obligaciones por parte del interesado en la continuación del mismo, así como el de la prescripción de la actuación administrativa.

1. *El principio de la instrumentalidad (el objeto y la finalidad del procedimiento)*

El principio de la instrumentalidad exige interpretar el procedimiento administrativo no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o



cauce para alcanzar un fin. De manera que lo que importa en la interpretación y en el tratamiento del procedimiento, es la finalidad perseguida.

Ese fin puede desdoblarse en tres aspectos que han precisado las leyes de procedimientos administrativos: Primero, el interés general; segundo, el interés del ciudadano, y tercero, el interés de la propia Administración en la relación jurídica a través de los principios de racionalización del procedimiento administrativo.

A. Al cumplimiento de la acción administrativa

El procedimiento administrativo, ante todo, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la acción administrativa, vinculada al logro de un interés general. Por ello, la Ley General de Costa Rica precisa que "el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración" (art. 214,1); agregando que "la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige" (art. 10).

Por su parte, el Código Colombiano exige que

"los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las Leyes (y) la adecuada prestación de los servicios públicos" (art. 2).

B. La protección y garantía de los derechos de los administrados

Pero además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto está expresado en la propia Ley General de Costa Rica, donde se precisa que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, "con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado."(art. 10 y 214).

De manera que los "derechos de los particulares" también son los elementos centrales de la configuración del procedimiento administrativo

y de este principio de interpretación, el cual se recoge en el artículo 2° del Código colombiano, al exigirse de los funcionarios que también tengan en cuenta "la efectividad de los derechos e intereses de los administrados."(art. 2).

C. *La racionalidad administrativa*

Pero además de los fines anteriores, también podría identificarse un tercer fin que guía la interpretación del procedimiento y que tiene que ver con la racionalización de la actividad administrativa, es decir, el principio de normalización o uniformización que en muchos procesos de reforma administrativa se han querido establecer, y que algunas leyes los regulan.

Por ejemplo, la Ley Orgánica venezolana establece como obligación general, el que "la Administración *racionalizará* sus sistemas y métodos de trabajo y vigilará su cumplimiento" (art. 32), regulando además, la uniformización de los documentos y expedientes, y regulando el desarrollo de procedimientos en serie a los efectos de simplificar y racionalizar la actividad. (art. 35).

Otro ejemplo, puede encontrarse en el Reglamento de la Secretaría General Andina, el cual recoge en su artículo 5 estos principios:

“En virtud del principio de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y la *racionalización* de la actividad administrativa, la Secretaría General deberá asegurarse de que las exigencias en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma *razonable* y usadas sólo como *instrumentos* para alcanzar objetivos de la norma.”

En esta forma, por tanto, la expresión formal del principio de la instrumentalidad, es decir, del procedimiento como instrumento, como principio que debe guiar la interpretación y la aplicación de las normas por la Administración y por el juez administrativo, puede considerarse como común en todas las normas de América Latina.



D. La desviación del procedimiento administrativo

La consecuencia del principio de la instrumentalidad referido al fin del procedimiento conduce a plantear lo que la jurisprudencia francesa, desde hace cinco décadas, venía identificando como un vicio específico, derivado del viejo vicio de la desviación de poder, pero aplicado al procedimiento, denominado “vicio de desviación de procedimiento”. Si los procedimientos se establecen para una determinada finalidad, la consecuencia es que la utilización de un procedimiento para fines distintos a los establecidos en las normas origina, no ya un vicio de desviación de poder en el resultado, es decir, en el acto administrativo, sino un vicio propio de desviación del procedimiento.

En el derecho venezolano el tema se ha planteado en diversas ocasiones ante la Corte Suprema de Justicia en relación con el procedimiento expropiatorio. Si el procedimiento expropiatorio tiene por objeto y finalidad lograr el apoderamiento forzoso de la propiedad privada para un fin determinado, que tiene que estar previamente declarado en la ley como de utilidad pública o interés social, de acuerdo a los principios generales de la materia es evidente que este procedimiento no se puede desarrollar para cumplir otros fines. Sin embargo, no era infrecuente, hace algunas décadas, la utilización del procedimiento expropiatorio para, por ejemplo, congelar la propiedad urbana: se decretaba la expropiación de un área de una ciudad, no para expropiarla ni para que el Estado se apoderara de esa tierra e hiciera un desarrollo social, sino para congelar el desarrollo urbanístico. En esos casos, el Estado muchas veces ni siquiera tenía los recursos necesarios para ejecutar la expropiación, ni los planos de las obras, por lo cual el Decreto de afectación de un área urbana en realidad, no tenía por objeto ejecutar expropiación alguna, sino otros fines de ordenamiento urbanístico indirecto, a través del congelamiento del uso de la propiedad, porque decretada una expropiación de un área importante de la ciudad, las autoridades municipales no otorgaban los permisos o autorizaciones urbanísticas necesarias, por lo cual había una clara desviación del procedimiento. En más de una ocasión este tema se planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la impugnación de Decretos de afectación que no tenían por objeto expropiar sino otros fines distintos a los previstos en la norma.

Esta aproximación al tema confirma el principio general de interpretación del procedimiento administrativo, de su instrumentalidad, que debe guiar tanto por el juez como por la Administración, en la aplicación de los procedimientos administrativos.

2. *El principio de economía procesal*

A. *La reducción de los trámites e instancias*

Como consecuencia del principio de la eficacia, el principio de economía procesal también informa el procedimiento administrativo, de manera que se asegure el cumplimiento del fin propuesto, con el menor costo y en la forma más rápida posible. Es decir, con este principio de la economía se busca evitar trámites inútiles e innecesarios; agilizar las diligencias; eliminar las demoras innecesarias; y buscar la concentración de los actos procesales (principio de la concentración), que debe seguir la Administración, es decir, aproximar actos procesales de manera que puedan cumplirse en forma concentrada a los efectos de evitar dilaciones.

Deriva también de este principio de la economía procesal, el régimen regulador de las instancias administrativas de revisión, a los efectos de que por ejemplo, sean sólo dos instancias de revisión: la autoridad que dicta el acto y una autoridad superior que lo revise; siendo contrario al principio de economía procesal aquellos procedimientos administrativos que establecen una larga cadena de recursos en vía administrativa. Así sucedió, por ejemplo, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, que estableció de manera inconveniente una larga cadena, que no existía, de recursos administrativos, cuando se trata de la impugnación de actos administrativos dictados por las autoridades de un Instituto Autónomo.

En estos casos, conforme a dicha Ley Orgánica, si se trata de un acto administrativo dictado por una autoridad inferior de un Instituto Autónomo debería acudir en reconsideración ante la misma autoridad; luego, en vía jerárquica, ante la autoridad superior del Instituto, y luego, para poder acudir al contencioso administrativo, se debe agotar la vía administrativa ante el Ministro de adscripción. Por lo cual, la impugna-



ción de actos administrativos emanados de institutos autónomos se convierte una tarea casi imposible, dado el régimen contrario al principio de la economía procesal que lo que busca es la simplificación y el desarrollo del procedimiento en la forma menos costosa.

De nuevo, en el Código colombiano encontramos una definición del principio de economía (aún cuando no se lo califica como "procesal"), exige que se tenga en cuenta que

“...las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos..., que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones, ni notas de presentación personal, sino cuando la Ley lo ordene en forma expresa" (art. 3).

El mismo principio lo recoge, el Reglamento de la Comunidad Andina donde a pesar de la influencia de la legislación Colombiana, sí se lo califica como principio de economía *procesal*; al disponer su artículo 5°:

“...En virtud del principio de economía procesal, la Secretaría General tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan mas documentos y copias que los estrictamente necesarios”.

Estos son los dos únicos cuerpos normativos que definen el principio de economía del procedimiento administrativo, en detalle. En cambio, en la generalidad de las leyes de procedimiento simplemente se realiza una enunciación del principio de "economía" sin definir el contenido, como sucede con las leyes argentina (art. 7), la venezolana (art. 30), la uruguaya (art. 2) y la mexicana (art. 13).

Sin embargo, en el Decreto de Uruguay se desarrolla el principio al prescribir en su art. 8 que:

“En el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, la simplicidad y la economía del mismo y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”

Puede decirse, entonces, que es rasgo común de todas estas leyes de procedimientos administrativos en América Latina, la previsión del principio de la economía procesal, en algunos casos definida conceptualmente, lo que facilita la labor de control del juez.

Este principio, en las distintas leyes, plantea diversas soluciones e implica diversos otros principios: El Principio del Informalismo o del informalismo de las formalidades; el Principio *favor acti* y El principio de la conservación de los actos administrativos.

B. *El informalismo (la antiformalidad)*

Este principio del informalismo de las formalidades procesales encuentra una definición formal en la ley de Argentina al definirse el "informalismo" en el art. 1, C como la:

“Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente.”

La misma definición la da el Decreto 500/991, de Uruguay así:

“En el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo a favor del administrado, siempre que se trate la de inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente.”(art. 9).

Este principio del informalismo, por supuesto, también se relaciona con el tema de la instrumentalidad del procedimiento, de manera que no se convierta un fin en si mismo, puramente adjetivo, que pueda revertir, por el excesivo formalismo, contra el administrado, convirtiéndose de garantía en una carga.



No sólo este principio tiende a obviar los efectos del incumplimiento de trámites no esenciales por parte de los particulares, sino que también puede aplicarse a la propia Administración, en el sentido de que siempre que el acto administrativo aparezca expresado en forma clara y comprensible podrán obviarse algunas exigencias no esenciales. Esto se encuentra expresado en la Ley General de Costa Rica, la cual materialmente hace presumir que existe un acto administrativo cuando “los comportamientos y actividades materiales de la Administración tengan un sentido unívoco y sean incompatibles con una voluntad diversa”(art. 137). En estos casos, sirven para expresar el acto aún cuando éste no tenga la forma exigida, siempre que de forma unívoca así pueda deducirse, de manera que la Administración no pueda, ella misma, excusarse por la ausencia de un elemento formal para que pueda haber una manifestación de voluntad y así deba ser entendida.

Este informalismo en las leyes de procedimientos administrativos, trae regulaciones variadas que conducen a otro principio, que es el principio de la flexibilidad del procedimiento y de los trámites procesales: la eliminación del principio de la preclusividad de los lapsos y de actos procesales (art. 23 y 60 de la Ley Venezolana), propio del procedimiento civil; la posibilidad de alegación por los particulares en cualquier momento (art. 62 de la Ley Venezolana), por ejemplo, porque no existe un lapso preciso de contestación, y aún cuando algunas leyes de procedimiento lo establecen, si ese lapso transcurre ello no impide que se pueda alegar en cualquier momento, sin que pueda la Administración rechazar alegatos que se formulen posteriormente al lapso formal establecido para ello; la utilización de cualquier tipo de pruebas (art. 58 de la Ley Venezolana); y la intrascendencia en la calificación de los recursos (art. 86 de la Ley Venezolana). Es decir, el hecho de que un particular se equivoque en la calificación del recurso que interpone, siempre y cuando de su escrito se deduzca claramente de que tipo de recurso se trata, la Administración está obligada a interpretarlo en favor del particular y de flexibilizar esta ausencia de cumplimiento del formalismo de la calificación del recurso.

C. El principio de la colegialidad

Sin embargo, ante el principio del informalismo se contraponen determinados procedimientos donde sí se exigen una serie de requisi-

tos de carácter formal para el cumplimiento de la actividad administrativa. Se trata, en particular, de los casos en los cuales actúen cuerpos colegiados, donde la formación de la voluntad normalmente requiere del cumplimiento de una serie de requisitos formales para integrarla. En estos casos, normalmente estamos en presencia de un procedimiento complejo que, por lo general, requiere fases que van desde la convocatoria, a los efectos de poder llevar al conocimiento de los integrantes del cuerpo colegiado el inicio del procedimiento; los requisitos del “quórum”: para la instalación, para la discusión, y para la decisión, lo cual contrasta de manera directa con el informalismo.

En estos casos, al contrario, el elemento formal adquiere gran importancia para expresar la voluntad del cuerpo colegiado una vez que adopta una decisión, que se traduce en el Acta de la sesión del cuerpo. Una vez que se levanta dicha Acta, y se aprueba, se presume que el acto que se llevó a cabo quedó resumido en el Acta y esta Acta sustituye todo lo que pudo haber ocurrir en el acto, el cual no podrá volver a repetirse ya que tiene una oportunidad única. Por ello, ese elemento formal se configura en esencial. Por ejemplo, en materia electoral, una vez que se levanta el acta de escrutinio de votos por la mesa o junta electoral, el acto quedó resumido en el acta. Esto se aplica también a las decisiones de los Concejos Municipales y del Consejo de Ministros. Aprobada el Acta de la Sesión, el acto o decisión queda subsumida en el Acta.

D. El principio favor acti: (favor administrationis)

El principio *favor acti* implica que la Administración debe interpretar el procedimiento de manera que sea favorable a la emisión del acto administrativo, es decir, a la obra de la Administración. Por tanto, ante el no acatamiento de elementos formales en el procedimiento, debe preferirse el evitar la ineficacia o plantear una ineficacia parcial, que concluir con la ineficacia total del acto. Es decir, debe interpretarse el procedimiento de manera que efectivamente pueda haber una decisión, sin que la falta de cumplimiento de determinadas formalidades afecte el acto y la propia voluntad de la Administración.



Este principio *favor acti* o también, *favor administrationis* tiene relación con el tema del funcionario de hecho; es decir, aquél que no estando investido de manera regular adopta alguna decisión que sin embargo debe acoger la Administración, siempre que actúe de buena fe, sobre todo en la relación frente a los administrados.

Sobre este tema, es de destacar que Ley General de Costa Rica dedica un capítulo entero al régimen del "funcionario de hecho", el cual lo define así:

Art. 115. "Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aún fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente;
- y
- b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho."

Si reúnen estas características, las decisiones de los funcionarios de hecho se tienen como válidas con respecto a la propia Administración y al particular. Así lo precisa la legislación de Costa Rica:

"Los actos de un funcionario de hecho serán válidos aún cuando perjudiquen al administrado y aún que éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél.

La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos" (art. 116).

La Ley General, además, llega a establecer responsabilidades a cargo de los funcionarios de hecho en relación con la Administración y con los administrados, por los daños que ocasionen en su ejercicio, declarando que "la administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho" (art. 118.2).

E. El principio de la finalidad y de la conservación

a. El principio conservatio acti: la subsanabilidad de los actos y la corrección de errores materiales

Si el objetivo del procedimiento es lograr un fin determinado, que normalmente se alcanza con la emisión de un acto administrativo, como principio, deben hacerse todos los esfuerzos por que el mismo se conserve.

De allí principio de la *conservatio acti* que persigue que los errores de los actos deben subsanarse sin que se afecte el acto mismo, una vez que con lo actuado se pueda alcanzar la finalidad perseguida.

Ello conduce al principio formal de necesaria la conservación y corrección de errores materiales de los actos administrativos, que se encuentra en las leyes de Venezuela y Costa Rica y en el Reglamento de la Comunidad Andina.

En la Ley General de Costa Rica se precisa que, “en cualquier tiempo podrá la Administración de rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos.” (art. 157). El mismo principio está en la Ley Orgánica de Venezuela que establece:

“Artículo 84.- La administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido, en la configuración de los actos administrativos.”

El mismo principio se recoge en el Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina así:

Art. 35. “Los errores materiales o de cálculo de los actos de la Secretaría General podrán corregidos en cualquier momento.”

Es precisamente en virtud de este principio de la corrección de errores materiales, que deriva del principio del informalismo y de la economía procesal, que no tiene porqué llegar a la revocación del acto incorrecto,



pudiendo la Administración corregirlo en cualquier momento. Es un principio de lógica administrativa que sin embargo, encuentra su expresión formal en estas leyes de procedimientos administrativos.

b. La convalidación, el saneamiento y la conversión

Pero aún en presencia de vicios o irregularidades más sustanciales en los actos administrativos, que no puedan resolverse con la sola corrección de errores materiales o aritméticos, el principio de conservación de los actos administrativos con vistas a su finalidad, ha dado origen a las técnicas de convalidación, saneamiento o conversión para evitar la extinción de los mismos.

En efecto el principio de que los actos deben ser mantenidos, deben conservarse y debe haber la posibilidad de subsanar los vicios que puedan formalmente afectarlos, siempre que no impliquen su nulidad absoluta, ha originado también las técnicas de la convalidación o el saneamiento.

En efecto, como principio general derivado de todas las leyes latinoamericanas, puede señalarse que la convalidación de los actos administrativos sólo se refiere a la corrección de vicios de nulidad relativa o de anulabilidad, y no puede implicar la corrección de vicios de nulidad absoluta. Por tanto, si lo que afecta al acto administrativo son vicios de orden público, de indefensión o violaciones de derechos y garantías constitucionales estos no podrían ser subsanados a través de estos medios. Sólo procederá entonces por errores formales en la voluntad, en la competencia o de formalidades sustanciales que puedan ser corregidos por la Administración para poder conservar el acto.

En esta materia pueden distinguirse las técnicas de convalidación, saneamiento y conversión, que la Ley General de Costa Rica identifica con precisión.

La convalidación se produce cuando dictado un acto administrativo que sea relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenido o en la competencia, se dicta un nuevo acto administrativo que lo convalide,

con indicación precisa del vicio y de la corrección. En estos casos, conforme a la Ley General de Costa Rica, "la convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado" (art. 187,2).

En la Ley venezolana, sobre la convalidación se indica, pura y simplemente, que

Art. 81. La Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

En la legislación argentina, esta convalidación se denomina en general "saneamiento" y se desdobra en "ratificación" y "confirmación" de los actos administrativos, así

Art. 19. El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante:

- a) Ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fuesen procedentes;
- b) Confirmación por el órgano que dicte el acto subsanado el vicio que lo afecte.

Conforme a esa misma norma, "los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación", es decir, que los efectos del acto de saneamiento son retroactivos, por lo cual el principio es que el acto original surte sus efectos desde que se dictó, aún cuando la convalidación o el saneamiento sea posterior.

Pero además de la convalidación (que la legislación argentina llama "saneamiento"), la Ley General de Costa Rica la distingue de lo que en ella se califica como saneamiento y que se reduce a una convalidación de solo defectos de forma. En efecto, el artículo 188 de la Ley General establece:

Art. 188. 1. Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como



una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, estos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos sus términos.

2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicadas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del acto final.

3. El saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha del acto saneado.

En tercer lugar, además de la convalidación y el saneamiento, también se regula formalmente la figura de la conversión del acto administrativo. Esta se produce, cuando un acto tiene elementos válidos y otros viciados, pudiendo la autoridad, posteriormente, corregir estos vicios con los elementos válidos que tenía, convirtiendo al acto en un nuevo acto. En estos supuestos se habla de conversión, como producto del principio de la conservación, en cuyo caso, contrariamente a la convalidación y al saneamiento, no hay efecto retroactivo, sino que la conversión tiene efecto a partir del momento en que el nuevo acto queda perfeccionado. En este sentido la Ley argentina señala:

Art. 20. Si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto”.

Se destaca, en el régimen argentino, la necesidad del consentimiento del administrado.

En relación a la misma institución de la conversión, la Ley General de Costa Rica también la regula, disponiendo lo siguiente:

Art. 189. 1. El acto inválido, absoluto o relativamente nulo, podrá ser *convertido* en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración, a condición de que el

primero presente todos los requisitos formales y materiales del último. 2. La conversión tiene efectos desde su fecha.

3. *El principio de la presunción de la legalidad y legitimidad*

Si el principio de la eficacia en el procedimiento administrativo tiende a asegurar la obtención de un determinado resultado y que el acto pueda surtir efectos dentro de la finalidad perseguida; el principio de la presunción de la legalidad y legitimidad persigue afianzar la posibilidad de que el acto surta efectos y que se presuma válido, legítimo y legal una vez que se ha perfeccionado y se ha dictado, para que así pueda cumplirse la finalidad del procedimiento.

La presunción de legalidad y legitimidad, por tanto, origina la presunción de validez y con ella la eficacia del acto.

A. *La validez y la eficacia*

La validez de un acto administrativo es la conformidad con el ordenamiento jurídico, es la consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho. La eficacia, por su parte, consiste en la producción de efectos del acto administrativo o en la aplicación del acto a sus destinatarios, para que surta efectos respecto a ellos.

En esta forma, el acto válido puede ser o no eficaz, dependiendo de las condiciones de eficacia que se regulen en los ordenamientos. Por ejemplo, cuando se haya dictado un acto válido pero que no se ha notificado, el mismo no puede surtir sus efectos; no es eficaz pero es válido. A la vez, el acto puede ser inválido por no estar acorde con el ordenamiento jurídico, pero puede producir efectos mientras no sea formalmente declarado nulo por la autoridad competente para ello.

A este respecto la Ley General de Costa Rica dispone que:

“Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta”.



Esto implica que la adecuación al ordenamiento jurídico (al principio de la legalidad) condiciona la validez, precisamente, a través del cumplimiento de los requisitos que para ello se regulan en las leyes de procedimientos administrativos.

Por otra parte, el acto válido, en principio, surte efectos hasta tanto no sea declarada la invalidez del mismo por la autoridad competente. Así lo dice, por ejemplo, expresamente la Ley Federal mexicana:

Art. 8. “El acto administrativo será válido hasta tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso”.

En síntesis, el acto administrativo, una vez dictado, es válido, y en principio, produce efectos. Dicha validez perdura como consecuencia del principio de la eficacia hasta que el acto no sea revocado o declarado nulo por la autoridad administrativa ó judicial o, simplemente hasta que el acto se extinga normal o naturalmente sin que tenga que ser anulado o revocado por autoridad alguna.

a. Los Requisitos de eficacia

Como se ha dicho, el acto válido o conforme con el ordenamiento jurídico, en principio, produce efectos pero estos pueden estar sometidos a variadas condiciones que deban cumplirse a los efectos de que el acto pueda producir sus consecuencias jurídicas y que deben cumplirse sea en la propia Administración o respecto de destinatarios del acto.

a'. Requisitos en la Administración: la aprobación y la autorización

En primer lugar, se destacan aquellos requisitos de eficacia que deben cumplirse en el seno de la propia Administración, y que en general se configuran como autorizaciones y las aprobaciones. En efecto, generalmente, las leyes exigen que para que un acto administrativo surta efectos tiene que ser autorizado previamente por otro órgano administrativo, o tiene que ser aprobado por otra entidad pública. Incluso, en muchos casos, tratándose de actos del Ejecutivo, se requiere de autorizaciones

previas o aprobaciones posteriores de los órganos Legislativos. En todo caso, se trata del régimen de las aprobaciones y autorizaciones como condición de eficacia de los actos administrativos.

Esto encuentra regulación expresa en muchas leyes. Por ejemplo, en el caso mexicano, la Ley Federal de Procedimientos Administrativos, establece:

Art. 10. “Si el acto administrativo requiere aprobación por órganos o autoridades distintos del que lo emita, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, no tendrá eficacia sino hasta tanto aquella se produzca”.

Normalmente, por supuesto, la aprobación es un acto posterior al acto sujeto a aprobación, el cual sólo podrá comenzar a surtir efectos cuando ella se produzca. En cambio, la autorización es una condición previa a la propia emisión del acto autorizado.

En el caso de la Ley General de Costa Rica, también se regula en forma expresa la aplicación de dicho requisito de autorización, que debe ser previa, como condición de eficacia. Así, el artículo 145 de la Ley General establece.

- Art. 145. 1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.
2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.
3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.
4. Cuando el acto requiera aprobación del otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

b'. Requisitos en relación con los destinatarios: la publicación y la notificación

Pero en relación con los destinatarios del acto, los requisitos de eficacia se rigen por el principio del conocimiento, por parte de los interesados, para que el acto tenga eficacia.



Por ejemplo, la Ley argentina señala sobre la "Eficacia del acto" que:

Art. 11. "Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado, y el de alcance general, de publicación".

Por tanto, en general, el comienzo de los efectos de los actos administrativo regulados en las leyes de procedimientos administrativos, está vinculado al principio general de la necesidad de la notificación o de la publicación de los actos administrativos.

Sin embargo, a pesar de que la notificación y la publicación sean requisitos de eficacia, los administrados podrían, antes de cumplirse con estos requisitos, pedir el cumplimiento de estos actos si tienen conocimiento de los mismos y no causan perjuicios a terceros (art. 11 de la Ley argentina). En esta forma, puede haber, en ausencia de notificación o publicación, un cumplimiento voluntario sobre todo en el caso de los actos de efectos particulares.

En igual sentido, en la Ley Federal mexicana en su artículo 9, se regula el principio de que se exceptúa del requisito de notificación

"el acto administrativo por el cual se otorgue un beneficio al particular, caso en el cual su cumplimiento será exigible por éste al órgano administrativo que lo emitió desde la fecha en que se dictó o aquella que tenga señalada para iniciar su vigencia; así como los casos en virtud de los cuales se realicen actos de inspección, investigación o vigilancia conforme a las disposiciones de ésta u otras leyes, los cuales son exigibles a partir de la fecha en que la Administración Pública Federal los efectúe".

En todo caso, en todas las leyes se recogen los mismos principios. En el caso de Costa Rica, de nuevo se destaca que la Ley General dedica un Capítulo entero al tema "Sobre la eficacia" de los actos administrativos, que inicia con el artículo 140, cuyo texto es el siguiente:

Art. 140. "El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al interesado, excepto si le concede

únicamente derechos, en cuyo caso lo producirán desde que se adopte”.

Conforme a esto y en beneficio del particular, si el acto administrativo es, por ejemplo, consecuencia de una petición de un derecho, la declaración o la concesión del derecho por la Administración aún sin notificación formal del acto, produce efectos si su contenido es sólo el otorgamiento del derecho a quien lo pide. Esto, para que la exigencia de la notificación no se convierta en una limitación a que el acto pueda comenzar a surtir efectos de inmediato, en el caso de actos que sólo otorgan derechos.

Adicionalmente, la Ley General de Costa Rica precisa en su artículo 334, que "es requisito de eficacia del acto administrativo su debida comunicación al administrado, para que sea oponible a éste". Además, en su artículo 141, señala expresamente que: "la debida comunicación será el punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo"; es decir, la notificación de los actos de efectos individuales como condición para el inicio de sus efectos, coincide con el momento en el cual se inician los términos para los lapsos de impugnación de los actos administrativos.

Puede decirse que estos principios se encuentran regulados en todas las leyes sobre procedimientos administrativos de América Latina. Por ejemplo, es el caso de la Ley Federal mexicana que, con toda precisión, establece:

"Artículo 9. El acto administrativo será válido eficaz y exigible a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada...".

Por supuesto, la notificación es indispensable para que el acto de efectos particulares surta efectos. Sin embargo, no es necesario respecto de los actos administrativos de efectos generales, que comienzan sus efectos a partir de la publicación de los mismos. La distinción la recoge la Ley Orgánica de Venezuela, previéndose que la publicación no es sólo para los actos normativos, que es lo normal en el Diario Oficial o en la Gaceta Oficial, sino para los actos generales de efectos particulares,



porque en definitiva se dirigen a un número de sujetos no determinados todavía (art. 72).

En efecto, respecto al tema de la publicación, el principio es que el acto administrativo de efectos generales debe publicarse, sobre todo el de carácter normativo, o el que sea de carácter general no normativo cuando afecte a un número determinable de personas. Dicha publicación debe efectuarse en el Diario o Gaceta Oficial, cuando se trate de actos administrativos nacionales; si se trata de actos administrativos dictados por entidades territoriales descentralizadas, si existen dichas Gacetas Oficiales, en la entidad, deberá hacerse la publicación estableciéndose sustitutivamente, como lo desarrolla el Código colombiano, la posibilidad de la publicación es un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones (art. 46).

En cuanto a las notificaciones de los actos administrativos hay principios comunes que puedan identificarse en casi todas las leyes, como principio general:

En *primer lugar*, el principio de la notificación personal al interesado o al apoderado o al representante legal, mediante acto escrito, oficio, telegrama, carta o cualquier otro medio. Esto se encuentra expresamente establecido en el Código colombiano (art. 44), en la Ley Orgánica de Venezuela (art. 73) y en la Ley General de Costa Rica (art. 243).

En *segundo lugar*, la precisión del lugar de la notificación, es decir, dónde deben hacerse las notificaciones, es decir, en el domicilio o residencia del interesado o en el lugar que estos hayan señalado como "domicilio procesal", similar al que puede indicarse conforme a los Códigos de Procedimiento Civil.

En *tercer lugar*, la recepción de la notificación debe ser personal, pero las leyes, en general, permiten que esta notificación pueda hacerse a la persona que se encuentre en el domicilio o la residencia. Es el caso de Venezuela, donde para agilizar los efectos del acto, si la persona destinataria no está en ese lugar, puede dejarse la notificación del acto con quien lo reciba, siempre que sea el domicilio o la residencia de la persona (art. 75). Esto, para distanciar el principio de la notificación de los actos administrativos de los principios de la

citación procesal contenidos en las normas del procedimiento civil, que son mucho más rigurosos.

En todo caso cuando se desconozca el domicilio o de residencia del destinatario, las leyes de procedimientos establecen mecanismos alternativos de fijación de edictos en el Despacho del órgano administrativo (art. 45 del Código colombiano) o de publicación del edicto (art. 35 de la Ley Federal mexicana, art. 76, Ley Orgánica de Venezuela). En estos casos, el emplazamiento se debe publicar en un periódico, igual que el emplazamiento en el proceso judicial.

En el caso colombiano debe destacarse que la institución del edicto colocado en lugar público, puede considerarse de eficacia relativa, por lo que hay que destacar la importancia de la regulación en el caso venezolano, donde la notificación no procede por edicto colocado en una oficina pública, sino que es obligatorio publicarlo en un diario de mayor circulación (art. 76). En el caso de México se exige la publicación en el Diario Oficial y en un periódico de mayor circulación (art. 37).

Un punto importante es que si bien la publicación es una forma de suplir la ausencia de notificación personal, lo que no puede la Administración es recurrir libremente a la publicación sustituyendo la exigencia de notificación personal. Es decir, si el acto administrativo es de efectos particulares y tiene destinatarios, tiene que haber notificación personal y no puede la Administración pretender que con el hecho de publicarlo en la Gaceta Oficial, la cual además muy poca gente lee, pueda presumirse que se notificó el acto. Por tanto, como principio, la publicación no puede sustituir la exigencia de la notificación personal.

En *cuarto lugar*, otro principio es el relativo al contenido de la notificación. En todas las legislaciones se sigue el principio de la legislación española, particularmente en la Ley venezolana (art. 73), en el Código colombiano (art. 44 y 47) y en la Ley General de Costa Rica (art. 245), donde se exige que la notificación contenga el texto íntegro del acto administrativo que se notifica, con la indicación de los recursos que proceden contra el acto.

Como se regula expresamente en la Ley Orgánica venezolana, si la propia Administración se equivoca en indicarle al particular cuál es el re-



curso que tiene y el particular usa erradamente el recurso indicado, expresamente se señala que el tiempo que pueda transcurrir no se cuenta a los efectos de la caducidad cuando se corrija la introducción del recurso (art. 77). Por tanto, el error en que pueda inducir la Administración al particular, no lo afecta en el sentido de que pueda llegarse a considerar que habrían caducado los recursos.

Este necesario contenido de los actos administrativos lo traen expresamente indicados todas las legislaciones, particularmente en forma expresa en los casos de Venezuela (art. 74) y Colombia (art. 48), al regular las notificaciones defectuosas, de manera tal que si la notificación no contiene todos los elementos establecidos no produce efectos y no comienzan a correr para el particular los lapsos de impugnación.

Por último, debe destacarse la regulación detallada de la legislación mexicana sobre la posibilidad de que el particular interesado, aún sin notificación, pueda darse por notificado, conocer voluntariamente el acto y ejercer el recurso de impugnación ante la Administración (art. 41). La regulación deriva de la discusión sobre si la Administración puede presumir que el particular conocía el acto y si por esa vía, puede alegar la caducidad, por ejemplo, de la impugnación del acto. En principio no debe haber esa presunción, salvo que haya manifestación concreta de alguna actuación del particular ante la Administración. Pero como principio, no podrá la Administración alegar la caducidad de los recursos con fundamento en que “presume” que el particular conocía el acto, salvo que el particular se haya dado por notificado formalmente ante la Administración o haya dado por conocido el acto formalmente y lo haya impugnado ante los órganos jurisdiccionales. Por tanto, si el particular actúa en el procedimiento y se da por notificado, aún cuando no haya sido notificado personalmente, la Administración sí puede estimar que tuvo conocimiento del acto desde el momento en que ha actuado y que su recurso feneció o caducó si no lo ha ejercido en el tiempo establecido.

En definitiva, el principio de la seguridad jurídica exige la conservación de los actos Administrativos, incluso frente a la posibilidad de impugnación, cuando el conocimiento del interesado consta en el expediente administrativo.

c'. La condición y el término en los actos

Los actos administrativos, como todo acto jurídico, pueden tener supeditado el inicio de sus efectos o la duración de los mismos, a condición o término. Sin embargo, en el derecho administrativo, la materia requiere texto expreso por lo que, en ningún caso, la Administración puede someter la eficacia de sus actos, discrecionalmente, a estas modalidades.

La regulación de la materia en las leyes de Procedimientos Administrativos, sin embargo, es excepcional. Sólo encontramos en la Ley Federal mexicana la previsión expresa de que el acto administrativo puede estar sometido a condición o término, pero regulado en una forma indirecta cuando precisa las formas de extinción del acto administrativo. En tal sentido el artículo 11 señala que el acto se extingue de pleno derecho cuando la formación del acto está sometida a una condición o término suspensivo y éste no se realiza, o cuando está sometido el acto a un acaecimiento de condición resolutoria, en cuyo caso se extingue. Es decir, es una regulación indirecta de la condición y el término, por vía de la regulación de su extinción.

Por tanto, puede decirse que el principio positivo de que el acto administrativo puede estar sometido a condición o término no se encuentra regulado en forma general en las leyes de procedimientos administrativos. Ello confirma la conclusión de que la condición o término en relación a los efectos de los actos administrativos, sólo puede existir por texto expreso, por lo cual el principio es la limitación a la potestad discrecional, que a veces se usa mucho por el funcionario, de someter a condición un acto cuando no hay tal condición en la legislación y que, al final, lo que conduce es a la arbitrariedad.

b. La firmeza

La firmeza del acto administrativo se produce cuando el mismo es totalmente irrevisable, de oficio o a petición del interesado. Este principio justifica que el acto puede ser totalmente ejecutado, y que haya que cumplirlo necesariamente. Por ejemplo, la Ley General de Costa Rica señala al respecto que "...La administración deberá dar cumplimiento a los actos administrativos *firmes*" (art. 228).



La definición precisa de la firmeza de los actos administrativos normalmente no se encuentran textos legales expesos. En todo caso, está vinculada al concepto de la inimpugnabilidad del acto administrativo; aquel que ya no es recurrible. En tal sentido, la única de las leyes que trae una definición de la firmeza es el Código colombiano que precisa en su artículo 62 que

"Los actos administrativos quedarán firmes cuando contra ellos no proceda ningún recurso; cuando los recursos interpuestos se hayan decidido o cuando no se interpongan los recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.

Este mismo principio es el que se aplica en todos los demás países, aún cuando en la legislación no se incluya una definición expresa.

B. El principio de la ejecutividad

La consecuencia de la presunción de legalidad y de legitimidad del acto administrativo es el principio de la ejecutividad, es decir, la posibilidad, sin que exista una declaración judicial, de ser ejecutado, precisamente por el carácter ejecutivo que tiene el principio lo encontramos en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina, como la Ley argentina que establece:

"Artículo 12.- El acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, -a menos que la Ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario".

Este artículo define, entonces, tanto el principio de la ejecutividad como el de la ejecutoriedad del acto administrativo derivado de la presunción de legitimidad: condiciones que expresamente reconoce el Código Colombiano como característica de los actos administrativos, al destacar el "carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos" (art. 64), distinguiendo claramente entre ejecutividad y ejecutoriedad.

La ejecutividad, por tanto, es el carácter ejecutivo de los actos de la Administración, lo que implica la sustitución de lo que en vía judicial ordinaria sería el proceso de cognición ante un juez para la declaración del derecho que se pretende. En el derecho administrativo se considera que el acto administrativo dictado es, en sí mismo, el derecho declarado con fuerza de título ejecutivo, sin que la Administración tenga necesidad de acudir ante el juez para que declare el derecho. El principio de ejecutividad o principio de la “*décision exécutoire*” del derecho francés, está así regulado en todas las leyes de América Latina, aún cuando no siempre en forma expresa.

En esta forma, una vez dictado el acto administrativo, por su carácter ejecutivo, puede procederse a su ejecución por la Administración, siempre que la misma se pueda hacer en vía administrativa. Esto nos lleva al otro principio, el de la ejecutoriedad, es decir, la posibilidad que tiene la Administración de ejecutar los actos administrativos por sí misma, en los casos en los cuales la Ley o la naturaleza del acto no requieran ejecución judicial. En efecto, porque muchos actos administrativos requieren de ejecución judicial, sobre todo aquellos que, por ejemplo, impliquen efectos sobre el patrimonio de la persona. En Venezuela, este tipo de actos requiere de ejecución judicial: por ejemplo, para el cobro de una multa o de un impuesto, la Administración tiene que recurrir a la vía judicial para la ejecución. No existen mecanismos de apremio por parte la Administración, directamente, sobre el patrimonio del particular.

En todo caso, el estudio del principio ejecutorio de los actos administrativos, debe analizarse al estudiar el principio de la oficialidad en el procedimiento administrativo.

C. *La suspensión de efectos*

Los actos administrativos, como se ha dicho, por la presunción de legitimidad y veracidad, al ser notificados comienzan a surtir efectos y pueden ser ejecutados, de manera que como principio, el ejercicio de recursos contra los mismos no suspende sus efectos. Este es el principio general en las leyes de procedimientos administrativos, de manera que el régimen de Colombia es excepcional en relación a América Latina, ya que el principio en Colombia es el de los efectos suspensivos de los



recursos, consagrado en el artículo 55 del Código; que establece que "los recursos se concederán en el efecto suspensivo...".

Pero como se dijo, este es un régimen excepcional; en general, el resto de las leyes de América Latina establecen el principio contrario, que es el clásico, de los efectos no suspensivos de los recursos. Así, por ejemplo, el artículo 87 de la Ley Orgánica venezolana establece que "la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario", como la prevista en el Código Orgánico Tributario para los actos administrativos de naturaleza tributaria.

En igual sentido, la Ley General de Costa Rica establece que "los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución" (art. 148).

En cuanto a los recursos contencioso-administrativos, en general, tienen los mismos efectos no suspensivos, pero teniendo el juez contencioso-administrativo amplísimos poderes cautelares de suspensión.

Sin embargo, es indudable que el principio colombiano, en el balance entre interés general y el interés particular, está más en favor de la garantía los derechos de los particulares que el principio general en Latinoamérica de los "efectos no suspensivos" de los recursos.

Sin embargo, en todo caso, siempre existe la posibilidad de que intentada una reclamación, un recurso o una solicitud, la Administración puede decidir la suspensión de efectos de los actos impugnados. En algunos casos, en leyes como la de Venezuela, por ejemplo, se limita la posibilidad de suspensión de efectos cuando se formule un alegato de nulidad absoluta o cuando el acto se crea que pueda causar gravamen o perjuicio irreparable si se ejecuta. En estos casos, la Administración puede suspender los efectos del acto (art. 87).

Esto es paralelo a lo que podríamos llamar la suspensión *de facto* que es la común: dictado un acto administrativo y recurrido el mismo, aún cuando formalmente el recurso no tenga efectos suspensivos, no es común ver a la Administración ejecutándolo, sobre todo cuando puede afectar

el patrimonio del particular, porque, por ejemplo, pueda implicar una demolición o una multa. Es muy difícil, en efecto, ver a la Administración cobrando una multa cuando hay un recurso pendiente, produciéndose de hecho la suspensión.

En todo caso, en la legislación de Costa Rica se establece el mismo principio del carácter no suspensivo de los recursos administrativos, admitiéndose, sin embargo, la posibilidad para la Administración, de poder "suspender la ejecución cuando la misma puede causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación" (art. 148).

En la Ley argentina, el mismo principio está consagrado así:

Art. 12 "...La administración podrá, de oficio o a petición de parte, y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar un perjuicio grave al interesado, o cuando se alegue fundadamente una nulidad absoluta."

Debe destacarse, sin embargo, que esta potestad de la Administración de suspender los efectos de los actos administrativos impugnados, encuentra una restricción extrema en la ley venezolana al exigir obligatoriamente que el órgano respectivo requiera del interesado la constitución de una caución suficiente, haciendo responsable al funcionario de la insuficiencia de la caución (art. 87).

D. La extinción natural del acto administrativo

Otro tema relativo a la presunción de validez y legitimidad y al cumplimiento de los efectos del acto administrativo, como señala la Ley Federal mexicana, es que el acto produce sus efectos como acto válido, hasta tanto sea declarada su invalidez por una decisión administrativa o judicial, según que se revoque o se anule (art. 8).

Sin embargo, esto hay que contrastarlo con los mecanismos de extinción natural de los actos administrativos, es decir, que sin que haya una revocación o una anulación, el acto puede extinguirse por diversas razones: porque se agotó su objeto; porque se extinguió su finalidad; porque



se extingue su plazo, en caso de tenerlo; porque se produce el término extintivo o la condición resolutoria. También se produce la extinción natural del acto, cuando se trata de un acto que sólo beneficia a un particular y éste puede renunciar al derecho que le otorga. También constituye una forma de extinción natural del acto, el denominado decaimiento, cuando lo que se extingue es el presupuesto de hecho o el presupuesto de derecho del acto, y al desaparecer uno de estos elementos esenciales, el acto decae.

Todos estos medios de extinción natural se enumeran en la Ley Federal mexicana así:

Art. 11.- El acto administrativo de carácter individual se extingue de pleno derecho, por las siguientes causas:

- I. Cumplimiento de su finalidad;
- II. Expiración del plazo
- III. Cuando la formación del acto administrativo esté sujeto a una condición o término suspensivo y éste no se realiza dentro del plazo señalado en el propio acto;
- IV. Acaecimiento de una condición resolutoria;
- V. Renuncia del interesado, cuando el acto hubiere sido dictado en exclusivo beneficio de éste y no sea en perjuicio del interés público;...

Otra forma de extinción regulada especialmente en la Ley argentina es la caducidad del acto administrativo, cuando el interesado no cumple las condiciones fijadas en el mismo (art. 21), lo que es un principio general del derecho administrativo. La Ley exige, sin embargo, la previa constitución en mora del particular y la concesión de un plazo suplementario razonable para el cumplimiento (art. 21).

4. *El principio pro actione*

El principio *pro actione* implica la necesidad de que las solicitudes se interpreten en favor de lo que se solicita en la petición.

El principio está consagrado expresamente en la legislación de Costa Rica cuando establece que las normas de procedimiento "deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones" (art. 244).

En cuanto a la admisión de la solicitud, el principio tiene consecuencias concretas en el caso de la legislación de Colombia (art. 11) y de Venezuela, (art. 45), pues la Administración está obligada a advertir a los particulares los errores o las omisiones que puedan tener las peticiones, para que dichos errores u omisiones no conlleven su inadmisibilidad. Como consecuencia, no se puede negar la petición que haga un administrado por causa de una omisión, sino que la Administración está obligada a observarle los errores, para que el particular los corrija.

5. *El Principio de la caducidad del procedimiento y la prescripción de las infracciones y actos sancionatorios*

Como se ha analizado, todo procedimiento tiene un fin, debe cumplirse conforme al principio del informalismo, debe buscar la producción de los resultados establecidos en la norma; pero el procedimiento no puede permanecer abierto indefinidamente, por lo que en los casos en los cuales el particular interesado debe cumplir determinadas condiciones, si no las cumple, rige el principio de la caducidad del procedimiento.

El principio de la caducidad de los procedimientos administrativos se recoge, así, en algunas leyes de procedimientos administrativos. En la Ley argentina, en efecto, se establece que "transcurridos 60 días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros 30 días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente" (art. 1,e). Por supuesto, operada la caducidad, el interesado podría ejercer nuevamente sus pretensiones en un nuevo expediente, por lo que la caducidad regulada es solo del procedimiento y no del derecho.

En la Ley General de Costa Rica también se regula la caducidad del procedimiento, que se produce cuando "se paralice por más de 6 meses en virtud de causa imputable al interesado que lo ha promovido" y siem-



pre que la abstención de actuación por parte del interesado no tenga su causa en el hecho de haberse operado el silencio positivo o negativo o cuando el expediente se encuentre listo para la resolución final (art. 340). En todo caso, en Costa Rica, igualmente "la caducidad del procedimiento no producirá por sí sola la caducidad o prescripción de las acciones del particular" (art. 341).

Por otra parte, otro tema en relación a desarrollo de los procedimientos, que regulan las leyes de procedimientos administrativos en América Latina, es el que se refiere a la prescripción de las infracciones administrativas.

La prescripción de las infracciones administrativas referente en la posibilidad de la apertura misma del procedimiento sancionatorio, y en este sentido la institución está expresamente regulada.

En la Ley Federal mexicana, por ejemplo se prevé que "la facultad de la autoridad para imponer sanciones administrativas prescribe en 5 años" (art. 79). En el Código colombiano también se regula la prescripción, aún cuando se la califica como caducidad, al disponer que

"Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades Administrativas para imponer sanciones caduca a los 3 años de producido el acto que pueda ocasionarlas" (art. 38).

En sentido similar, el Decreto uruguayo regula la prescripción de las faltas administrativas, en un lapso de 8 años, previendo que la prescripción:

"se suspende por la resolución que disponga una investigación administrativa o la instrucción de un sumario por la falta administrativa en cuestión" (art. 172).

En la Ley Orgánica venezolana no se regula con carácter general la prescripción de las infracciones administrativas, existiendo solo normas específicas en ordenamientos especiales. Por ejemplo, la prevista en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, que dispone:

"Las acciones contra las infracciones de la presente ley prescribirán a los 5 años a contar de la fecha de la infracción, a menos que la prescripción fuese interrumpida por actuaciones de la autoridad administrativa urbanística o municipal correspondiente" (art. 117, Parágrafo Unico).

En cambio, lo que si regula la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela es la prescripción respecto de "las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados," lo cual se produce "en el término de 5 años (art. 70). Agrega la Ley Orgánica que:

Art. 71. Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando la prescripción, la autoridad administrativa a la que corresponda el conocimiento del asunto procederá, en el término de 30 días, a verificar el tiempo transcurrido y las interrupciones y suspensión habidas, si fuere el caso, y a decidir lo pertinente".

**EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA
LEGITIMA ("VERTRAUENSSCHUTZ")
EN EL PROCEDIMIENTO Y LAS RELACIONES
JURIDICO-ADMINISTRATIVAS**

Johann-Christian Pielow



EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA ("VERTRAUENSSCHUTZ") EN EL PROCEDIMIENTO Y LAS RELACIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Johann-Christian Pielow

1. Significación y razón de ser del concepto en la sociedad y el Estado de hoy

El tema de la protección de la confianza ("*Vertrauensschutz*") nos lleva al centro del problema de tensión entre dos necesidades primordiales de la actuación administrativa contemporánea - polos, los cuales son:

- *primero*, la necesidad de una cierta **estabilidad** o bien tradicionalidad de la actuación estatal, y especialmente de la actividad de la Administración pública, así como:
- *segundo*, y por el otro lado, la necesidad de una cierta **flexibilidad**, innovación o **cambio** de la misma.

I.

Se puede entender la necesidad de la "estabilidad" de la actuación pública como un requisito básico y originario de cada Estado de Derecho, en la medida en que el propio principio del Estado de Derecho juega en favor de una necesaria y elevada **seguridad jurídica** en la relaciones jurídico-administrativas: Quiere decir que la actuación administrativa de un Estado de Derecho está caracterizado en gran medida por la existencia y a la vez por la *permanencia* de un determinado *status quo* de reglas y decisiones fijas, que estimulan, dirigen y limitan la vida social y el comportamiento del individuo y *homo oeconomicus* dentro de la sociedad. De allí, el Derecho puede cumplir su tarea como factor de ordenación de la vida social y estatal únicamente, cuando obedezca a unos requisitos mínimos de fiabilidad o seguridad y de continuidad. De esta manera, la dimensión del factor *tiempo* se muestra como elemento esencial del derecho y le proporciona un rasgo conservador.¹

1. Cf. H. Maurer, "Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz", en: Isensee/Kirchhof (ed.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, tomo III, 1988, p. 212.

Todo aquello vale aún más en la medida en que nos movemos cada uno dentro de unas relaciones sociales cada vez más complejas así que intere intra-dependientes: Es sin duda razonable que la actual sociedad y el modelo económico subyacente a la misma, marcado por la división del trabajo y la alta especialización, junto con los modelos territoriales de articulación del poder público basados en la idea de cooperación entre las distintas entidades administrativas así como entre ellas y los particulares determinan que el individuo dependa en gran medida del comportamiento tanto de otros individuos como del propio Estado.²

II.

Mientras tanto, la necesidad de una determinada flexibilidad de las actividades estatales lleva consigo una cierta ambivalencia del factor *tiempo* y del postulado de la continuidad: A pesar de que cada acción administrativa se dirige hacia el futuro, hay que considerar, que se basa en conocimientos y experiencias del pasado. Así puede suceder que aquellos conocimientos y experiencias se muestren - desde una perspectiva *ex post* - como erróneos. Se requiere entonces la *adaptación* de las decisiones tomadas al cambio de las condiciones de partida. Adaptación o flexibilización, cuya necesidad es cada vez mayor en la medida en que vivimos en unos tiempos de cambio acelerado de las condiciones técnicas, económicas y sociales de nuestra vida. Basta recordar el amplio campo de la protección del medio ambiente así como el mundo de las telecomunicaciones y del intercambio de datos electrónicos para subrayar la creciente necesidad de la flexibilización y adaptación no sólo de las decisiones administrativas por sí sino también de las formas de la actuación de la Administración pública (p.ej.: "actuaciones *informales*") así como de sus formas de organización (p.ej.: derecho público vs. derecho privado y de competencia etc.).

Todo esto vale aún más en vista al progresivo crecimiento de las tareas estatales en el Estado social moderno - Estado social, el cual, a diferencia de lo ocurrido en los tiempos del liberalismo, se mezcla en una mayor medida en los asuntos de la Sociedad, que no se limita ya a las limitaciones del comportamiento de los individuos sino que dirige y

2. Vid. F. Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, en: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1972, p. 25; siguiendo a Ossenbühl: F. Castillo Blanco, La protección de confianza en el Derecho administrativo, 1998, p. 109.



maneja de manera *activa* la actuación privada - con la consecuencia casi lógica de la cada vez mayor nebulosidad de la vieja antítesis entre Estado y sociedad.

Ante este horizonte hay que sostener con toda firmeza las palabras del catedrático español, **Luciano Parejo Alfonso**, cuando dice en vista a la importancia del concepto de la confianza legítima en la sociedad moderna:

"La rápida evolución de la tareas estatales en una sociedad de riesgo progresivamente compleja y en la que el factor tiempo adquiere cada vez mayor relevancia ha repercutido obviamente tanto en la estructura estatal de toma de decisiones como en la lógica misma de dichas decisiones."³

Sigue el mismo autor:

"El Derecho pasa a verse cada vez más bajo la óptica de instrumento para la adaptación al cambio y, por tanto, como medio del reequilibrio de los valores de estabilidad y cambio para el mantenimiento de su capacidad para proporcionar a la *sociedad regulada* de hoy los elementos de seguridad y de flexibilidad de que simultáneamente está precisada para subsistir como sistema".

En una situación en la que se da no sólo la necesidad de seguridad y protección jurídicas en el ámbito de las situaciones y del tráfico relativos a los bienes, sino también (e incluso con más fuerza) en el de los procesos derivados de la actuación de los diferentes sujetos y para garantizar la confianza, la economía y la efectividad de tales procesos, así como de la eliminación rápida y segura de las perturbaciones que puedan padecer, "*el derecho escrito cambia de carácter y de calidad*".

Observamos a menudo nuevos tipos de regulación como frutos especiales de aquel proceso de transformación: Bien que se trate de una *generalización* y mayor abstracción de las normas con el fin de garantizar un margen de aplicación (y de apreciación) abierto para la evolución posterior de las cosas, bien que estemos ante la situación en la que la respec-

3. Prólogo en: *F. Castillo Blanco*, op. cit.

tiva norma lleva en si y desde el principio un elemento de *transición* - de manera que se entiende como norma "experimental", norma "provisional" o norma a ser modificada y/o suplementada por los propios entes administrativos, p.ej. en el marco de decretos u otras regulaciones y demás modos de articulación con rango inferior de las leyes. Apoyado en recientes investigaciones jurídico-públicas en Alemania⁴, concluye el profesor **Parejo Alfonso** que:

"la pretensión de vigencia indefinida (de la ley), si regla general indiscutida hasta prácticamente ayer, está en trance de ser considerada hoy como excepción".

La flexibilidad y el establecimiento bajo reserva de revisión se impone a la normación actual como consecuencia de la pérdida de significación de la experiencia para el gobierno del futuro, erosionando los mecanismos tradicionales de producción de "confianza", toda vez que el ciudadano esta obligado ya a contar con modificaciones normativas frecuentes en campos sociales especialmente expuestos al cambio.

En el orden de la relación del Estado con el ciudadano, lo dicho se traduce entonces en una expresada *subjetivización*, haciendo emerger el plano material de las relaciones entabladas entre los diferentes sujetos públicos y privados y haciendo, por ello, saltar los estrechos límites de su reducción a una relación-tipo de la que sólo resultan ser relevantes determinados momentos, los "fijados" por los actos, las decisiones unilaterales formales de los primeros.⁵

III.

Parece casi obvio ante una tal situación que el principio de confianza legítima posea más que nunca gran importancia: Debido a la postura reservada del legislador frente a la predeterminación y concretización de las relaciones jurídico-públicas (con respecto a posibles evoluciones, mejor: alteraciones posteriores) la necesidad de continuidad y de con-

4. Véanse p.ej.: *W. Henke*, "Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts", en: *Juristenzeitung (JZ)* 1992; también y especialmente los trabajos en la obra colectiva "Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns" (ed. por *G. Folke Schuppert*, *W. Hoffmann-Riem* y *Schmidt-Aßmann*).

5. Véase por todo: *L. Parejo Alfonso*, op.cit.



fianza ha de satisfacerse por otras vías y en distinto plano, que no puede ser otro que justamente el expresado de las relaciones individualizadas entre los sujetos públicos y privados con ocasión del desarrollo del más bien programático Derecho normativo.

Esto nos lleva a la conclusión de que el principio de confianza no se encuentre para nada en un rango secundario sino - y antes bien - que aumente su significado para el conjunto de las relaciones jurídico-administrativas en la medida, en que la norma en rango de ley pierde su fuerza de dirección y deja de ser una base firme para la predicción de futuras actuaciones de la Administración Pública.

Con toda razón y por el otro lado, los organizadores de las IV Jornadas de Derecho Administrativo han limitado el tema de mi intervención al significado de la confianza legítima en el procedimiento y las relaciones *jurídico-administrativas* - dejando al margen de nuestras consideraciones todo lo que se refiere a la relación entre el *legislador* y el ciudadano por un lado así como en lo que concierne a la vinculación del propio poder *jurisprudencial* por el otro. Ciertamente que el principio de la confianza legítima juega un papel importante también (quizás - y cronológicamente - en primer lugar) en el campo de la legislación: Como puntos claves habrá que mencionar en este contexto toda la problemática en lo relativo a la aprobación de nuevas leyes con efectos hacia el pasado o la modificación de leyes ya existentes con efectos desfavorables para los interesados (p.ej. en el margen de las legislaciones sobre impuestos o prestaciones estatales, sobre los requisitos y los efectos de las autorizaciones urbanísticas para edificios y plantas industriales así como sobre el alcance de derechos individuales para utilizar determinados "bienes públicos" - *public goods* - como pueden ser los del medio ambiente: el aire, el agua, suelos protegidos etc.). Vale lo mismo en lo que se refiere a la vinculación del propio *poder judicial* - por ejemplo cuando el juez quiere interpretar una norma jurídica en un sentido más estricto y desfavorable para desviarse así de la interpretación más favorable realizada por parte de la autoridad administrativa o de las instancias jurisprudenciales inferiores. En ambos campos estamos observando importantes discusiones científicas así como nuevas e interesantes acentuaciones jurisprudenciales.⁶

6 Sobre los respectivos debates en Alemania informa - en idioma inglés - el recién artículo de V. Götz, "Protection of Legitimate Expectations", en: E. Riedel (ed.), "German reports on Public Law - presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998", Baden-Baden (editorial Nomos) 1988, p. 133, especialmente p.

Sin embargo y dado el destacado y cada vez mayor carácter general y programático de los propios actos legislativos me parece poco cuestionable que nuestro tema encuentre su sede principal o bien su mayor importancia en el *procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas*, con lo cual dejaré al margen los efectos del principio de la confianza en lo relativo a las actividades legislativas y/o jurisprudenciales del Estado:

Es precisamente a nivel de la actuación administrativa donde el concepto despliega toda su fuerza relativizadora entre los polos de la seguridad jurídica y de la debida flexibilidad de la actividad del Estado o, mejor, de sus autoridades. De manera general se puede decir que el principio de la confianza legítima funciona como *elemento subjetivo* frente al postulado *objetivo* de la continuidad de la actuación administrativa: Se impone a la Administración el tomar en consideración los intereses individuales en la conservación de las regulaciones, actos y otras decisiones administrativas, que forman la base para las actividades y disposiciones de los particulares y que pueden ser: permisos, concesiones o autorizaciones administrativas así como decisiones sobre el pago de pensiones, becas y subvenciones para la industria, etc. En un principio y considerando la necesaria flexibilidad del poder ejecutivo, semejantes decisiones o actos pueden y deben ser libremente modificados o revocados por los entes administrativos, cuando se trata de decisiones inoportunas, erróneas o ilegales. Pues, el concepto de la confianza legítima juega en favor de la continuidad de aquellas decisiones, al menos en favor de unas regulaciones transitorias o del otorgamiento de compensaciones adecuadas. En otras palabras: Se trata de un instrumento para *slow down* el propio y debido dinamismo de la Administración - en favor de una precedente fase reflexiva y de ponderación entre intereses individuales de conservación y el interés general de flexibilidad.

Si nos limitamos a los efectos del principio de confianza en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas habrá que preguntarse

136 y ss. - "Protection of Legitimate Expectations and the Legislative Power", y p. 147 y ss. - "Legitimate Expectations and Judicial Power". Véase también *H. Maurer*, op. cit., p. 218 y ss. y p. 268 y ss. En lo que concierne la actual postura - modificada - del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) frente a la relación entre confianza legítima y legislación habrá que consultar las sentencias de este tribunal en: BVerfGE (= repertorio de jurisprudencia del Trib. Const. Fed.) vol. 63, p. 343 (especialm. p. 353) así como vol. 72, p. 200 (especialm. p. 241 y ss.).



primero por la existencia de unas reglas o principios generales que puedan servir como puntos de orientación en lo que se refiere a la operatividad del concepto en las distintas relaciones entre los ciudadanos y los entes públicos - principios generales que hay que buscar sobre todo a nivel del Derecho constitucional (B). Quiero añadir a las respectivas consideraciones en este contexto algunos aspectos de la evolución del concepto en Alemania. En un segundo paso esbozaré las más importantes ramas del rico ámbito de aplicación que encuentra el concepto de confianza legítima especialmente en el Derecho - positivo - del Procedimiento Administrativo Alemán (C).

Si bien mi tarea ha sido expresamente afrontar el tema desde una perspectiva del derecho comparado, pienso que una concentración en el significado del concepto que posee en la República Federal Alemana será suficientemente revelador: Primero, porque mis consideraciones sobre la situación en mi propio país pueden resultar - claro está - suficientemente más fundadas y concretas que cada visión "globalizada". Segundo, porque estoy convencido de que - como voy a poner de relieve en seguida - al sistema alemán del "*Vertrauensschutz*" ya le es inmanente un dato "comparativista" - en el sentido de que, por motivos históricos, se puede entender el concepto de la confianza legítima en el ámbito de la Administración Pública como "singularidad alemana" que se diferencia en mucho de la mayoría de los ordenamientos nacionales de Derecho Administrativo (y en especial de los del entorno "romano").

2. Aspectos históricos y jurídico-constitucionales

El singular alcance y significado que encuentra el principio de la confianza legítima en Alemania se debe sobre todo a razones históricas. Así hay que subrayar la gran importancia que ha alcanzado el concepto en los más de 50 años después de la II Guerra Mundial: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) así como del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) le han proporcionado un papel "leader" entre los principios del Derecho Administrativo - y al mismo tiempo y en cooperación con la labor positivista del legislador un instrumento de reacción y de oposición para superar el pasado del Estado totalitario. Sin embargo, las consecuencias prácticas del principio de confianza no pueden ser caracterizadas propiamente como frutos del "De-

recho del Juez". Antes bien, han sido desarrolladas basadas en los principios fundamentales del Derecho jurídico-constitucional contenido en la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*). Un paso más hacia delante constituye la adaptación de la jurisprudencia del contencioso-administrativo por el legislador: La Ley federal sobre el procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG*) del 25 de mayo de 1976⁷ recoge en sus artículos 48 y 49, los cuales trataré más adelante, las soluciones elaboradas por el Tribunal Federal del Contencioso-Administrativo sobre los efectos del principio frente a la anulación (*Rücknahme*) y la revocación (*Widerruf*) de un acto administrativo - regulación válida para la actuación administrativa a nivel nacional o federal. De idéntica manera actuaron los legisladores de los Estados federados (*Länder*) en sus respectivas leyes sobre el procedimiento administrativo, las cuales regulan la actuación de las autoridades del *Land* así como la de las respectivas corporaciones locales.

Ante este horizonte podemos decir ya - y otra vez siguiendo a **Luciano Parejo Alfonso**⁸ - que por su tradición atendida más al plano *material* que al formal, en el Derecho alemán "el principio de la confianza legítima se erige en pieza clave en la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa de volver sobre los propios actos". Según el profesor **Parejo**, es destacable de este dato - en comparación por ejemplo con el Derecho Administrativo español - "un radicalmente distinto punto de partida de los respectivos ordenamientos legales relativos al régimen de anulación y revocación de los actos administrativos". Así, el Derecho español se ha centrado más en la vertiente *formal* de la actuación administrativa, de manera que el legislador ha intentado desde siempre una "reglamentación" de potestad de anulación y de revocación de actos administrativos y con la consecuencia de que "la equidad, la buena fe y los derechos de los particulares funcionan como expresivos de una válvula de mera 'corrección' y 'flexibilización' del entero sistema legalmente predeterminado". Esta "decisiva diferencia de principio" exigiría "suma prudencia a la hora de cualquier intento de extrapolación de las características alemanas del principio" a otros ordenamientos jurídico-administrativos.

7. Vid. *Bundesgesetzblatt - BGBl.* (= Boletín Oficial de la Federación) 1976, parte I, p. 1253 y ss.). La ley ha experimentado varias modificaciones, últimamente por ley del 12 de septiembre de 1996 (BGBl. 1996 I p. 1354).

8. Op. cit., p. 15.



Ahora bien: ¿Cuales son las fundamentales bases jurídico-constitucionales del principio de la confianza legítima? Importantes puntos de referencia se dejan deducir del *leading case* del Tribunal Constitucional Federal sobre la inconstitucionalidad de leyes retroactivas, donde se dice:

"La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del principio del Estado de Derecho. Los ciudadanos tienen que ser capaz de prever posibles injerencias de la parte del Estado que les pueden afectar y de comportarse de manera adecuada. Los individuos tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitos bajo el Derecho actual y de las que siguen determinadas consecuencias jurídicas también pueden ser consideradas lícitas en el futuro. Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima"⁹.

La línea argumentativa está clara: El principio del Estado de Derecho como cuna principal del concepto de la confianza legítima. Esto no significa prevalencia ninguna del principio de la confianza legítima. En contra de cualquier predominio actúa otro principio fundamental que se deduce del lema del Estado de Derecho y que es el principio de la *legalidad de la actividad administrativa*: Generalmente la Administración tiene que revocar o anular sus actos en el caso de ilegalidad y también cuando favorecen al destinatario. De esta manera nos encontramos ante los polos de tensión decisivos del derecho constitucional con respecto a la aplicabilidad del concepto de la confianza legítima - tensión entre seguridad jurídica subjetiva de un lado y la (objetiva) legalidad de la actuación administrativa por el otro que tendrá que ser resuelto en cada caso concreto mediante una ponderación de los respectivos intereses públicos y privados.

Habría que subrayar finalmente y como elementos adicionales del Derecho Constitucional que juegan en favor de la protección de la confianza legítima los *derechos fundamentales*: La jurisprudencia alemana del contencioso-administrativo ha "enriquecido" reiteradamente decisiones en lo relativo a la confianza legítima apoyándose en el *principio general de igualdad* (art. 3 p. 1 de Ley Fundamental) así como en la *protec-*

9. BVerfGE 13, 261.

ción de la propiedad privada (art. 14 de la Ley Fundamental). El primer aspecto es decisivo cuando un ciudadano podía confiar legítimamente en que una determinada práctica administrativa hacia terceros (por ejemplo en el contexto con la prestación de subsidios estatales) se aplicará también en su propio caso - una constelación a la que voy a volver más adelante. La relevancia práctica de la protección de la propiedad privada se muestra ante todo en el campo del Derecho urbanístico: Así por ejemplo, cuando un ciudadano se ve enfrentado a un acto administrativo que prescribe la demolición o que prohíbe la ampliación o renovación de un edificio, que fue construido legalmente en su tiempo o cuya ilegalidad no fue atacada o bien tolerada expresamente por la Administración durante mucho tiempo (teoría del llamado *Bestandsschutz* - protección de existencia).¹⁰

Con la alusión a los derechos fundamentales se ilustra a la vez el requisito fundamental de cada pretensión de los ciudadanos que se basa en la idea de la protección de confianza: Una tal pretensión puede ser lícita únicamente en cuando y en tanto la confianza del afectado en la continuidad de una determinada postura de la Administración sea "*legítima*". No cada tipo de confianza subjetiva en un futuro comportamiento de los entes públicos abre ya la vía para la aplicación del concepto de la confianza legítima. Antes bien, la legitimidad presupone la "dignidad de protección" (*Schutzwürdigkeit*) de la confianza. Esto requiere en primer lugar un comportamiento *jurídicamente relevante* de la Administración lo que puede ser muy cuestionable en los casos de una actuación puramente "informativa" o "informal" de la misma. Además, la dignidad de protección sólo se da cuando se encuentre una base jurídica en las prescripciones del Derecho constitucional o en principios generales del Derecho (p.ej.: en el principio de "buena fe"). Y aquella e imprescindible base jurídica se ve proporcionada con frecuencia, si no existen especiales prescripciones legales al respecto, inmediatamente por los derechos fundamentales.

Finalmente: Puesto de relieve la gran importancia, que poseen en Alemania los derechos fundamentales en su función de derechos individuales de defensa, estamos ante otro dato significativo y aclarativo del pa-

10. Más detalladamente sobre la relación entre el principio de la confianza legítima y los derechos fundamentales p.ej.: *H. Maurer*, op. cit., pp. 239 y s., 255 y s. - con más referencias.



pel dominante que juega el concepto de la confianza legítima en nuestro país. Con esto, me refiero a la especial tradición "monárquica" o, mejor, "liberalista" que caracteriza las bases jurídico-constitucionales del Derecho administrativo alemán así como la relación entre Estado y ciudadanos prácticamente hasta hoy. Según mi opinión son la tradicional y casi rígida distinción entre las esferas del Estado y de la sociedad así como el consecuentemente y siempre predominante carácter de los derechos fundamentales como derechos - *subjektivos* - de defensa los que favorecen las generalizaciones del principio de la confianza legítima. Es aquí donde según mi modo de ver hay que ver un punto clave para explicar el fenómeno que la importancia del concepto es menor en aquellos ordenamientos jurídicos que se mueven más en la tradición de la revolución francesa y que practican un concepto más "objetivista" en la interpretación de los derechos fundamentales.

3. Repercusiones especiales en el Derecho Administrativo Alemán

Una vez aclarados los rasgos históricos y jurídico-constitucionales del concepto en la República Federal, podemos dirigir la vista hacia las constelaciones concretas que ha encontrado el principio de la confianza legítima en el Derecho Administrativo Alemán. En este contexto es aconsejable diferenciar según las distintas maneras de actuación de la Administración Pública, dado que para cada grupo se pueden destacar repercusiones especiales del concepto: El prácticamente más importante grupo de la anulación o revocación de los actos administrativos ha encontrado, como ya hemos dicho, una regulación especial en la legislación sobre el procedimiento administrativo. En cambio, los efectos del principio en lo relativo a otras maneras de actuación administrativa (p.ej. promesa de un acto administrativo - "*Zusage*", cf. art. 38 de las leyes sobre el procedimiento alemán; actuaciones "informativas" e "informales"; contratos; reglamentación administrativa) tienen que ser desarrolladas en base a los principios generales antes mencionados.

3.1. Anulación y revocación de los actos administrativos (arts. 48 a 49a Ley sobre el procedimiento administrativo)

El más importante campo de aplicación del concepto constituye, como acabamos de decir, la anulación o bien la revocación de los actos administrativos y las consecuencias que emanan de aquellas prácticas admi-

nistrativas. Esta problemática ha encontrado su reglamentación positiva y exhaustiva en los artículos 48 y ss. de las leyes sobre el procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetze*) de la Federación y de los *Länder*. Algunas regulaciones *especiales* que no voy a tocar más detalladamente se encuentran en las legislaciones generales acerca del ámbito tributario (*Abgabenordnung*, véase p.ej. su artículo 176) y sobre las prestaciones sociales del Estado (véase art. 45 del código social - *Sozialgesetzbuch* - parte X). En lo que concierne a la relación entre la anulación y la revocación de un acto administrativo es imprescindible la diferenciación entre actos *ilegales* y *legales*. En un segundo escalón es importante, como vamos a ver en seguida, la distinción entre los actos administrativos declarativos de derecho o *favorables* y aquellos de *gravamen*.¹¹

Tendría que añadir que la problemática de la revocabilidad de los actos administrativos posee una enorme importancia práctica, dado el gran alcance del ancho concepto del acto administrativo en Alemania: Así y por ejemplo, la prestación de subsidios estatales es contemplada como acto administrativo (no sólo como mera actividad prestacional de la Administración). Consecuentemente, la autoridad sólo puede desviarse de la práctica subvencionista (p.ej. cuando estima inoportuno el medio de subvención para alcanzar la meta prevista), cuando cumple con los requisitos legales para la anulación o la revocación de los actos administrativos.¹²

3.1.1. La anulación ("*Rücknahme*") de los actos administrativos *ilegales*

En un principio la capacidad administrativa para anular actos administrativos, cuya compatibilidad con las leyes y el Derecho tenía que ser negada ("*Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte*"), no había sido de ninguna manera restringida. Fue la jurisprudencia del contencioso-administrativo la que abrió - durante los años 50 y en el contexto con los problemas típicos de la posguerra como sobre todo modificaciones en las ayudas estatales para veteranos y viudas de guerra así como para

11. Véase también la recapitulación de la regulación en la *Verwaltungsverfahrensgesetz* (antes de su última modificación) en F.A. *Castillo Blanco*, op. cit. (nota 2), p. 121 y ss.

12. Véase también V. *Götz*, op. cit., p. 143.



refugiados - el camino para una perspectiva mucho más diferenciada.¹³ Hoy, es decir, tras la adaptación de la jurisprudencia por el legislador, la situación se presenta como sigue:

El artículo 48 párrafo 1 de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo de la Federación (*Verwaltungsverfahrensgesetz* - en el siguiente: *VwVfG*) mantiene en su primera frase como lema principal la libre anulación de los actos administrativos ilegales "en todo o en parte con efectos para el futuro - *ex nunc* - o en el pasado - *ex tunc*" y "también en el caso de su inimpugnabilidad". El texto legal alude claramente a un considerable margen de libre discreción de la Administración en lo relativo al "si" y del "como" de la anulación - discrecionalidad que se puede ver reducida o excluida en supuestos de ilegalidad y molestia evidente o bien de clara prevalencia de los principios de buena fe o confianza legítima. Sin embargo y en lo relativo a un "acto administrativo constitutivo o declarativo de derechos o de una mejora de naturaleza jurídica (acto administrativo generador de derechos - [o *favorable*])", la segunda frase remite a las excepciones postuladas en los párrafos 2 a 4 del artículo 48.

(1) La *primera excepción* concierne a todo tipo de subsidios estatales en tanto no reguladas en otras normas con carácter especial (más precisamente, la ley habla de "actos administrativos irregulares que acuerden una prestación pecuniaria bajo forma de capital y/o de renta [p.ej.: subvenciones; becas de investigación] o una prestación "material" de naturaleza divisible [p.e.j.: suscripciones, bonos de comedor, ropas ...] o que constituya la condición de estas prestaciones). Aquellas ayudas estatales no pueden ser, según dice el artículo 48 párr. 2, 1ª frase *VwVfG*, revocadas a partir del momento en que el administrado-beneficiario se ha confiado a la fuerza jurídica del acto administrativo y esta confianza se considera digna de protección, pues la necesaria ponderación entre el interés público y el privado aconseja la protección de

13. La decisión inicial y auténticamente revolucionaria, dado que se admitía la prevalencia, en determinados casos, de la protección de confianza sobre el principio de vinculación de la Administración a la Ley, fué la Sentencia del Tribunal Superior del Contencioso-Administrativo (*Oberverwaltungsgericht*) de Berlín de 14 de noviembre de 1956 (en: *Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl.* - 1957, p. 503), confirmada más tarde por Sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht - BVerwG*) en: BVerwGE (= repertorio de jurisprudencia) tomo 9, pp. 251 y ss.; en cuanto a un resumen de la jurisprudencia al respecto véase p.ej. Sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, en: BVerwGE tomo 48, p. 87 (especialmente p. 91 y ss.).

la misma. Es así como la vigencia del principio queda confirmada en la ley sustantiva, aunque el alcance del mismo es, como vamos a ver, distinto en unos y otros casos (mantenimiento del acto o compensación financiera). En este sentido, y como regla general, se considera la confianza digna de protección desde el momento en que el administrado-beneficiario ha agotado las prestaciones concedidas o ha suscrito compromisos de naturaleza patrimonial que no pueden ser obviados nada más que soportando desventajas (art. 48 párr. 2, 2ª frase).

A sensus contrarius, el administrado no puede, por tanto, prevalerse de su confianza en la fuerza jurídica del acto administrativo en los siguientes tres casos (art. 48 párr. 2, 3ª frase):

Primero, si el acto administrativo se ha obtenido por fraude, amenaza o cohecho,

Segundo, si el acto administrativo se ha obtenido sobre las bases de indicaciones que, relativas a elementos esenciales, eran inexactas o incompletas, y

Tercero, si el interesado conocía el carácter irregular del acto administrativo o, si no tenía conocimiento del mismo, había incurrido en una falta, propia e inmotivada, de negligencia grave

En el último caso se suspende generalmente el acto administrativo *retroactivamente* (art. 48 párr. 2, 4ª frase *VwVfG*), lo que da lugar a la restitución de las prestaciones, total o parcialmente, ya hechas en caso de la anulación del acto administrativo. En lo concerniente al importe de restitución, las disposiciones del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) relativas al enriquecimiento sin causa son aplicables por analogía. Así, los pagos realizados deben ser reintegrados, aunque las disposiciones del enriquecimiento injusto no son de aplicación, desde el momento en que el administrado tenía conocimiento o no lo tenía como consecuencia de una falta o negligencia grave por su parte, de las circunstancias que hacían el acto administrativo irregular (véase el artículo 49a párrafos 1 y 2 *VwVfG*).

(2) La *segunda* excepción - regulada en el artículo 48 párr. 3 *VwVfG* - se refiere a los supuestos de anulación de los actos administra-



tivos ilegales no contemplados en el antes citado párrafo segundo, los cuales no permiten, a diferencia del caso anterior, asegurar la estabilidad del acto administrativo (licencias y autorizaciones con carácter general, concesión de la nacionalidad etc.). En estos casos, la solución no puede ser sino a través de la *indemnización* al administrado-beneficiario, en base a su demanda, del daño patrimonial sufrido por éste por el hecho de que, habiendo confiado en la fuerza jurídica del acto administrativo, no se puede mantener el mismo y, sin embargo, sus legítimas expectativas son merecedoras de protección (aplicando los mismos criterios del párrafo segundo). La anulación, en consecuencia, de los actos apuntados en el artículo 48, párrafo 3, es siempre posible, pero el perjuicio pecuniario que sufre el beneficiario en razón de su confianza en el mantenimiento del acto debe ser reparado en la medida en que esta confianza se considera digna de protección después, eso sí, del examen comparativo de los intereses que concurren en el caso concreto.

Ello conlleva, necesariamente, una especial ponderación entre intereses públicos y particulares para determinar si su confianza es digna de protección y, de juzgarse que debe serlo, en qué medida lo es. En este sentido, corresponde a la autoridad administrativa dicha valoración y ha de ponderarse, además, el conocimiento o negligencia del administrado sobre la ilegalidad del acto. No obstante, parece claro que la desventaja patrimonial no debe ser indemnizada por encima del interés en el mantenimiento del acto administrativo existente a expensas del interesado. El daño patrimonial que procede indemnizar va a ser fijado así por la Administración y el interesado no podrá prevalerse en esta pretensión nada más que en el plazo de un año desde el momento en que la autoridad informa de la misma al titular de dicha situación.

La desviación - en lo relativo a los favorables actos administrativos "no pecuniarios" - del principio general de la no-revocabilidad por motivos de la confianza legítima ha sido duramente criticada en su tiempo. Los portavoces de aquella crítica contemplaron la limitación a la solución de indemnización como incompatible con el principio constitucional del estado de derecho y de la seguridad jurídica. Sin embargo, hay que darse cuenta de la necesidad de dejar a la Administración un margen de flexibilidad en aquellos casos y del hecho de que el beneficiario queda - a pesar de todo - suficientemente protegido: Cuando, por ejemplo, se le ha otorgado un permiso de construcción, cuya ilegalidad ha sido consta-

tada *ex post* (quizás como consecuencia de reclamaciones de los colindantes), la autoridad puede revocar la autorización también cuando las obras e inversiones ya han sido iniciadas. Sin embargo, la Administración corre con el riesgo de tener que compensar el daño. Y si este riesgo aparece demasiado grave la autoridad urbanística abandonará con toda seguridad la idea de revocar el permiso.¹⁴

(3) En lo relativo a los mencionados actos administrativos favorables el párrafo cuarto del artículo 48 *VwVfG* prevé - como tercera regla excepcional - que si la autoridad administrativa tiene conocimiento de circunstancias que justifiquen la anulación de un acto administrativo irregular, la misma podrá efectuarse *sólo en el plazo de un año* a partir del conocimiento de las circunstancias de dicha decisión; plazo que, no obstante, no es aplicable cuando el administrado conocía la situación irregular o se había adoptado la medida como consecuencia de fraude, amenaza o derecho.

3.1.2. La revocación ("*Widerruf*") de los actos administrativos *legales*

A diferencia del caso anterior que se refería exclusivamente a los actos administrativos *ilegales*, el artículo 49 de la Ley sobre el procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz* - *VwVfG*) alude a los actos administrativos *legales* o bien *lícitos* - favorables (art. 49.2 *VwVfG*) o no favorables (art. 49.1 *VwVfG*) a los administrados ("*Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes*")¹⁵. Esas reglas han sido modificadas mediante la introducción de un nuevo párrafo tercero que alude a la revocación de subvenciones, cuyo uso no ha podido realizar la especial finalidad de la prestación.

(1) En el segundo de los casos citados - párrafo primero - , la norma citada afirma que, aún en el caso de que hubiese adquirido la condición de inimpugnable o firme, el acto administrativo puede revocarse total o parcialmente para el futuro. No obstante, en determinados casos (p.ej., cuando se ha dado garantía a una tercera persona de

14. Véase también *V. Götz*, op. cit., p. 144.

15. En lo relativo a la versión castellana de las disposiciones legales en cuestión, me refiero otra vez a *F.A. Castillo Blanco*, op. cit. (nota 2), p. 126 y s.



que el acto no sería revocado, o, cuando se debería dictar nuevamente un acto administrativo con el mismo contenido que el revocado), la revocación puede ser excluida.

(2) Cuando se trata, en el primer caso de los citados, de actos administrativos que son *favorables* al administrado el artículo 49 párrafo 2 *VwVfG* prevé también unas posibilidades - muy limitadas eso sí a determinados casos - de su revocación con efectos para el futuro: La naturaleza claramente restringida de esas posibilidades de revocación se debe lógicamente al hecho de que el destinatario del acto ha podido disfrutar de un beneficio otorgado *legalmente* - de manera que tanto el principio de protección de la confianza legítima así como el propio principio de la legalidad de la actuación administrativa juegan en favor del mantenimiento del acto en cuestión.

Los supuestos en los que se puede realizar la revocación de un acto administrativo favorable son:

Primero, cuando así esté previsto por las propias previsiones legales (entendidas éstas en el sentido de cualquier regla de Derecho que tenga efectos generales, excluidas, claro está, las previsiones administrativas);

segundo, cuando los actos administrativos estén sujetos a una legítima condición y ésta se haya incumplido por el beneficiario (siendo irrelevante a estos efectos que haya o no tenido culpa sin perjuicio, eso sí, del principio de proporcionalidad que puede atenuar eventualmente dicha prevención);

tercero, cuando las autoridades competentes no debieron adoptarlos, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que concurrían o que concurren en la actualidad y el interés público en peligro (es decir, una importante amenaza al Estado, lo público o relevantes intereses de la comunidad);

cuarto y finalmente, los actos administrativos pueden ser revocados para prevenir o remover "serias infracciones" del interés público (concepto jurídico indeterminado que, naturalmente, ha de ser interpretado restrictivamente para no ampliar ilimitadamente los motivos de revocación).

(3) La regulación de la revocación de actos administrativos legales acaba de ser complementada en el año 1996 por un *tercer párrafo*, el cual contiene disposiciones especiales acerca la revocación de subvenciones y que abre - por primera vez en lo relativo al procedimiento administrativo a nivel de la autoridades *federales*¹⁶ - la posibilidad de revocar tales actos también *con efectos para el pasado*. Según dice el art. 49 párr. 3 un acto administrativo legal que acuerde una prestación pecuniaria bajo forma de capital y/o de renta o una prestación "material" de naturaleza divisible, y que ha sido concedido para "*cumplir con un determinado fin*", puede ser revocado, también en el caso de su inimpugnabilidad, total o parcialmente y *con efectos para el pasado*;

- cuando la subvención no se haya utilizado o no se vaya utilizar dentro de un plazo fijo para la realización del especial objetivo perseguido con la misma (art. 49 párr. 3 *no. 1 VwVfG*), o bien,
- cuando el acto administrativa fuese unido con una condición y el beneficiario de la subvención no haya cumplido con esta condición.

Con esta enmienda se ha incorporado a la ley un mecanismo especial - y con gran importancia para la práctica administrativa - para luchar contra el cada vez más agravante *abuso de subvenciones*. Al mismo tiempo se muestra la relativización del concepto de la confianza legítima por los propios principios de la economicidad, rentabilidad y austeridad de las actividades estatales.

Habrà que añadir que, como fruto de la reforma de la legislación sobre el procedimiento administrativo, también se ha incorporado un *nuevo artículo 49a*. Esta disposición recoge - igual que el antes mencionado nuevo párrafo 3 del artículo 49 párr. 3 *VwVfG* - las reglas antes contenidas en la legislación sobre los presupuestos estatales, las cuales no tenían efectos jurídicos en la esfera fuera de la Administración.

El nuevo artículo 49a *VwVfG* regula las condiciones del debido reembolso así como del pago de intereses en el caso de actos administrativos de prestación pecuniaria (sobre todo: subvenciones) que han sido le-

16. Algunas legislaciones de los *Länder* contenían esas reglas ya antes.



galmente anulados o revocados con efectos para el pasado. Los rasgos más importantes de aquellas reglas son;

- *primero*, que en lo relativo al alcance y a la cantidad del requerido reembolso, se aplicarán las normas del Código Civil sobre el enriquecimiento injusto - con una aclaración importante: Así, el administrado-beneficiario no se puede apoyar en el argumento de la desaparición del enriquecimiento, cuando haya tenido conocimiento (o no conocía por causa de negligencia) de los hechos que llevaron a la anulación o la revocación del acto (art. 49 párr. 2 *VwVfG*);
- *segundo*, que existe la obligación de pagar intereses sobre el debido reembolso y eso por el valor del tres por ciento encima del tipo de descuento del Banco Central Alemán (*Deutsche Bundesbank*) por año, con la posibilidad. Se puede rebajar esta obligación cuando el beneficiario de la subvención no es responsable por los hechos que motivaron la anulación o revocación y cuando reembolsa lo recibido dentro del plazo determinado por la autoridad competente (art. 49 párr. 3 *VwVfG*).

Finalmente - y otra vez con gran importancia práctica, la obligación del pago de intereses se puede aplicar también, cuando el beneficiario no hace uso de la subvención según los fines que motivaron la prestación o hasta el momento en que ha cumplido con la especial finalidad de la subvención (art. 49a párr. 4 *VwVfG*).¹⁷

3.2. "Confianza legítima" fuera de la revocación de los actos administrativos

Si bien el campo de aplicación del concepto de la confianza legítima afecta sobre todo y de manera iuspositivista a la anulación y a la revoca-

17. Sobre los detalles del significado de las mencionadas modificaciones de la Ley se puede consultar p.ej. a *M. Sachs* y *B. Wermeckes*, "Die Neuregelung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften zur Rückabwicklung fehlgeschlagener Subventionsverhältnisse (§§ 49, 49a VwVfG)", en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1996, p. 1185 y ss.; véase también *K. Erfmeyer*, "Der Entreicherungsseinwand bei vorläufigen Verwaltungsakten - Vertrauensschutz bei Bescheiden unter dem Vorbehalt späterer Nachprüfung unter ergänzender Berücksichtigung des § 49a VwVfG -", en: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1998, p. 459 y ss.

ción de los actos administrativos, hay que constatar que el principio muestra cada vez más importancia especialmente fuera de aquel ámbito. Esto se debe ante todo a la cada vez mayor flexibilización e innovación de las formas de actuación de la Administración Pública: Así, es cuestionable el apoyo en el principio de la confianza legítima en el caso de aquellos actos administrativos que se han dictado desde el principio bajo determinadas condiciones o bien bajo limitación temporal. Entonces la cuestión no es la de la revocabilidad o no del acto sino si la expectativa del administrado en una renovación del acto tiene que ser protegida o no. El Tribunal Constitucional Federal se ha declarado acerca de la prolongación de un permiso de estancia de un extranjero en el sentido de que el margen de apreciación de la autoridad competente puede ser reducido, si el permiso ya ha sido prolongado reiteradas veces, de manera que la solicitud sólo puede ser rechazada "por motivos importantes"¹⁸.

De todas maneras tiene que ser examinado exhaustivamente y en cada caso concreto la existencia de los tres requisitos fundamentales para la entrada en juego del principio de la confianza legítima: (1) una actividad administrativa que provoca (2) la confianza "digna de protección" del administrado así como (3) la desviación de la Administración de la expectativa del individuo.

Lo dicho vale también para los demás formas de la actuación administrativa, sea que se trate de contratos administrativos o bien en los múltiples contextos de la actuación "informal" o "consensual" de los entes públicos (p.ej.: informaciones, consejos, consultaciones etc.).

Especial y cada vez más relevancia posee también la pregunta de la aplicabilidad del concepto de confianza legítima en los casos de la "legislación administrativa", especialmente en los casos de las circulares o directivas de la Administración. Aquellas normas no proporcionan - en el Derecho alemán - inmediatos efectos jurídicos para los terceros. Sin embargo se puede preguntar, si en el caso concreto la desviación de la autoridad de lo previsto en una directiva - interna - de la Administración (p.ej. una directiva sobre prestaciones sociales u otras ayudas estatales) puede ser incompatible con el principio de la confianza legítima. La jurisprudencia alemana de lo contencioso-administrativo suele solucionar

18. BVerfGE 49, p. 168 (185 y s.).



estos casos en primer lugar apoyándose en el principio constitucional de la igualdad y de la discriminación ilegítima (art. 3 párr. 1 de la Ley Fundamental): Si se ha realizado - en base de las respectivas normas administrativas - una continua práctica de la autoridad competente, el administrado puede reclamar en principio ser tratado de manera "igual" que los demás.¹⁹

4. Conclusión y perspectivas

Resumiendo todo lo antedicho, podemos concluir que en caso del concepto alemán de la confianza legítima estamos ante un sistema considerablemente diferenciado y graduado. Por esta misma razón es preciso llamar la atención al hecho de que últimamente han surgido constelaciones en las cuales se observa el "choque" del sistema alemán con la idea de la confianza legítima tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas en Luxemburgo: Resulta que en un principio el alto tribunal ha recogido las bases fundamentales de la protección de la confianza legítima de manera análoga al derecho administrativo en Alemania. Los jueces de Luxemburgo, sin embargo, se niegan a seguir el modelo de la legislación alemana acerca la relativamente amplia protección de confianza frente a la anulación y el debido reembolso de prestaciones *ilegales* de subvenciones (art. 48 párr. 2 *VwVfG*).²⁰ En el caso concreto tenía que ser reembolsada una subvención cuya ilegalidad se había manifestado tras su examen según el Derecho Comunitario, mientras que el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo quería aplicar las reglas del art. 48 párr. 2 *VwVfG*.

Todo esto ha llevado a serias discusiones sobre las influencias del derecho comunitario europeo en los sistemas nacionales del Derecho Administrativo. El debate ilustra al mismo tiempo la persistente diferencia entre los distintos conceptos nacionales de la protección de la confianza legítima.

19. Véase al respecto *J.C. Pielow*, "Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la Administración", G.A. Muñoz y J.L. Salomoni (ed.), *Problemática de la Administración contemporánea - Una comparación europeo-argentina*, 1997, p. 47, especialmente p. 59 y ss.

20 Recientemente: Sentencia del Tribunal Europeo del 20 de marzo de 1997 - asunto C-24/95, publicada p.ej. en: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1998, p. 287 y ss.



BIBLIOGRAFIA:

Blanke, Hermann-Josef,

"Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht"
(manuscrito, publicación en preparación), Universidad de Colonia
1996

Burmeister, Joachim,

"Vertrauensschutz im Prozeßrecht", 1979

Castillo-Blanco, Federico,

"La Protección de confianza en el Derecho Administrativo" (prólogo de L. Parejo Alfonso), Madrid (Marcial Pons) 1998

Crones, Christian,

"Selbstbindung der Verwaltung im europäischen Gemeinschaftsrecht - Ermessensbeschränkung von Gleichheitssatz und Vertrauensschutzprinzip", tesis 1997 (también desde una perspectiva comparativista)

Fuß, Ernst-Werner,

"Der Schutz des Vertrauens auf Rechtskontinuität im deutschen Verfassungsrecht und europäischen Gemeinschaftsrecht", in:
Festschrift (*libro homenaje*) für Hans Kutscher, 1981, pp. 201 ff.

Götz, Volkmar,

"Protection of Legitimate Expectations", en: E. Riedel (ed.),
"German reports on Public Law - presented to the XV. International
Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998",
pp. 133 y ss.;

"Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz", en: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe (*libro homenaje*) aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, tomo 2, 1976, pp. 421 y ss.

Kisker, Gunter y Püttner, Günther,

"Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht", en: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) tomo 32 (1974), pp. 149 ss. y pp.200 ss., respectivamente

Maurer, Hartmut,

"Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz", en: Isensee/Kirchhof (ed.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, tomo III, Heidelberg 1988, § 60, pp. 211 y ss.

Pieroth, Bodo,

"Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauenssschutzes", en: Juristenzeitung (JZ) 1984, pp. 971 ff.

Rüfner, Wolfgang,

"Das Sozialleistungssystem zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz", en: Juristenzeitung (JZ) 1984, pp. 801 y ss.

Schmidt, Walter,

"Vertrauensschutz im öffentlichen Recht", en: Juristische Schulung (JuS) 1973, p. 273 y ss.

Weber-Dürler, Beatrice,

"Vertrauensschutz im öffentlichen Recht", 1983.

**LA FORMALIDAD Y LA INFORMALIDAD EN
EL PROCEDIMIENTO Y LAS RELACIONES
JURIDICO-ADMINISTRATIVAS**

Juan Carlos Esguerra Portocarrero



LA FORMALIDAD Y LA INFORMALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO Y LAS RELACIONES JURIDICO-ADMINISTRATIVAS

Juan Carlos Esguerra Portocarrero

“Ennemie jurée de l’arbitraire, la forme est la
soeur jumelle de la liberté.” (Jhering)¹

Ni concretamente en materia de procedimiento administrativo ni, de modo general, en punto de las relaciones jurídico-administrativas, puede decirse que en el mundo existe actualmente una idea unívoca acerca de los conceptos de formalidad o informalidad. Y no solo en razón de la existencia de muchísimas dudas y discusiones –que por cierto se dan en prácticamente todas las legislaciones- acerca del sentido y el ámbito exactos de uno y otro términos, sino, además y muy especialmente, porque, con el tiempo, el propio significado de los vocablos en cuestión ha desbordado notablemente su alcance primigenio, incluso a veces hasta deformarse por completo. Más aún, hoy por hoy no son poco frecuentes los casos y los contextos en los cuales, infortunadamente, su sentido ha llegado a adquirir un cierto matiz peyorativo. Bien puede decirse, por otra parte, que estos mismos asertos son aplicables por igual a todos los campos del derecho y, en ocasiones, a otras latitudes de las relaciones humanas.

En efecto, el concepto de “formalidad”, concebido originalmente con referencia específica al conjunto de elementos o requisitos de carácter ritual que el ordenamiento legal – y en ciertas ocasiones apenas la costumbre o la mera práctica, o hasta un capricho personal- exigen reunir o cumplir para efectos de poder ganar, bien el perfeccionamiento de determinados actos jurídicos (formalidad sustantiva), ya la validez y la eficacia de determinadas actuaciones (formalidad adjetiva), es hoy, a menudo mucho más que eso, si bien a veces también considerablemente menos. En ocasiones, incluso, no pasa de ser un mero cascarón carente de contenido; o una serie de ceremonias y trámites con mucho o muy

1. “Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma (se refiere al formalismo) es la hermana gemela de la libertad” (Rudolph von Jhering, “*L’Esprit du Droit Romain*”, Librairie Marescq Ainé. París, 1937. Tomo III. pág. 164

poco sentido, que, si bien en oportunidades dotan de seriedad determinadas diligencias, afianzan la seguridad jurídica y protegen el interés público o las personas directa o indirectamente involucradas en ellas, con frecuencia terminan más bien por entorpecer, por frustrar y hasta por ridiculizar esas mismas diligencias y esos loables propósitos.

Recuerdo muy bien la cara, mezcla de estupor y sorna, del gerente de una compañía multinacional con sede en Washington cuando, hace un par de meses, para la celebración de un contrato con el Estado colombiano cuyo objeto no se cumpliría en Colombia, le pusimos de presente la exigencia legal –aparte, por supuesto, de todas aquellas que son más o menos universales- de estar inscrito en un registro público en el lugar de su domicilio, de constituir un apoderado domiciliado en Colombia², y de imponer, en presencia del respectivo funcionario consular, no solo su firma en el escrito de poder, sino además su huella digital³. Aun cuando pensé hacerlo a fin de mitigar su desconcierto, finalmente opté por no contarle, por ejemplo, que, en mi país, hasta la reciente expedición de la norma sobre eliminación de trámites⁴, los pensionados que aspiraban a cobrar la mesada de su jubilación debían llevar consigo una certificación notarial reciente que acreditara su propia supervivencia, y los padres de familia, para poder viajar al exterior con sus hijos menores de edad, debían presentar un permiso escrito, otorgado ante un notario, en el que ellos mismos autorizaban dicho viaje.

Ahora bien, desde siempre, en materia jurídica la idea central detrás de las formalidades ha consistido en que el acopio de esos elementos o el lleno de esos requisitos rituales produzca como consecuencia el afianzamiento de determinados principios básicos de derecho o la efectivi-

2. Numeral 4o. del artículo 22 de la Ley 80 de 1993
3. Si bien en Colombia el Decreto Ley 960 de 1970, que contiene el estatuto del notariado exige solamente la imposición de la firma de los comparecientes en los documentos que se otorgan en presencia de un notario o de quien hace sus veces, y tan sólo hace referencia a la huella dactilar para el caso de quienes no sepan o no puedan firmar (artículo 69 entre otros), una práctica cuyo origen nadie parece tener claro fue dando lugar a que, sin saber a ciencia cierta por qué, los funcionarios notariales y consulares exijan perentoriamente la concurrencia de una y otra expresiones, es decir, la firma y la huella en la mayoría de los documentos que se otorgan en su presencia.
4. Decreto-Ley 2150 de 1995



dad y garantía de algunas libertades fundamentales. Concretamente, se trata de que esas formalidades logren, unas veces, imprimirlas a ciertos actos y trámites jurídicos un marcado grado de seriedad; otras, sirvan para facilitar la prueba de su existencia, o para garantizar el grado especial de seguridad jurídica que algunos de ellos demandan, o para rodearlos de un carácter particularmente solemne, o para resguardar el interés público, o para proteger determinados derechos individuales o colectivos vinculados a ellos, o para dotarlos de un nivel de rigor fuera de lo común.

De otra parte, antes de seguir adelante, resulta necesario precisar que, como claramente lo indica el título que le fue señalado, el ámbito de la presente ponencia está circunscrito a la formalidad y la informalidad en materia de procedimiento administrativo y de relaciones jurídico-administrativas, es decir, a la llamada formalidad adjetiva o procesal.

Por lo tanto, a él escapan el análisis y las consideraciones tocantes al tema de la llamada formalidad sustantiva, es decir, a aquellos aspectos formales que, como el registro público respecto de la hipoteca, o la escritura pública respecto de la compraventa de inmuebles, o el texto escrito en el caso de los actos administrativos en los que la ley así lo exige, hacen parte del ser intrínseco del acto jurídico en cuanto tal, del cual constituyen uno de sus elementos integrantes, ya de la esencia, ya de la naturaleza, y cuya ausencia da lugar, respectivamente, al fenómeno de la inexistencia o al de la nulidad de dicho acto⁵. Y, desde luego, escapa también el análisis del tema en punto de las demás ramas del derecho.

La formalidad y la informalidad de las que vamos a ocuparnos concretamente, son entonces las relativas al esquema de los ritos procesales propios de lo que el derecho colombiano denomina “las actuaciones admi-

5. Si bien algunos autores prefieren hablar en este caso de “forma”, más bien que de “formalidad”, creo, con la mayoría, que el primer término debe reservarse para los aspectos o expresiones de apariencia puramente externa que sirven para efectos de la representación o de la identificación de los actos jurídicos y que, no obstante no ser uno de sus elementos constitutivos, suelen caracterizarlos. O, como bien lo dice Araújo Juárez en el caso concreto de las actos administrativos, la forma es “la disposición con que el acto aparece al exterior” (*Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, 2a. edición. Vadell Hermanos Editores. Valencia. Venezuela. 1993. Pág.207.) Típicos ejemplos de formas son la presentación escrita, o su firma, o la fecha y el lugar de su emisión.

nistrativas”. Es decir, al conjunto de trámites, gestiones y diligencias que deben adelantarse por la administración o por los administrados, en orden al cumplimiento de la función administrativa o con ocasión de él, y que normalmente desembocan en un acto, un hecho o un contrato con los cuales se realiza o se concluye la actuación o una de sus etapas⁶. Y según que ese esquema de ritos sea más o menos elaborado y frondoso, nos hallaremos en frente de unas actuaciones administrativas signadas, respectivamente, por la formalidad o por la informalidad.

En esa materia específica que nos ocupa son hoy tantos los diversos tipos de formalidades y sus características, y varían de tal modo unos y otras -no solo entre las distintas legislaciones, sino aún dentro de un mismo ordenamiento jurídico-, que su clasificación sistemática resulta poco menos que imposible. Además, su número y sus variedades se han venido incrementando tanto y tan desordenadamente, que esa multiplicación, más que de prolífica debe calificarse de caprichosa, e incluso, en países como Colombia, casi que de surrealista. En los distintos tipos de trámites procesales de carácter administrativo pueden encontrarse desde las formalidades más sencillas y elementales, hasta las más complicadas y sofisticadas; desde las más obvias, hasta las más absurdas; desde las más expeditas, hasta las más dificultosas; desde las más toscas hasta las más elegantes.

Como muy bien lo señalan al unísono García Oviedo y Escola, en el derecho administrativo el problema de las formas es “más intenso por la especial naturaleza del sujeto, que no crea ni manifiesta su voluntad ni desarrolla la acción sino por medio de forma; ni opera ni afirma su existencia, ni es capaz sino por la representación y en la forma establecida por la ley.”⁷

Por otro lado, es curioso observar cómo, los propios conceptos de formalidad o informalidad han estado presentes a lo largo de la vida del derecho, de una manera que bien podríamos calificar de pendular. Por-

6. O, al decir de Brewer-Carías siguiendo a Hostiou, “las diversas operaciones que condicionan la emisión y la entrada en vigor del acto” (Principios del Procedimiento Administrativo. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1990. Pág.101)
7. En “*Derecho Administrativo*” (Tomo I. Madrid, 1959) y “*Tratado General de Procedimiento Administrativo*” (Depalma. Buenos Aires, 1981), páginas 261 y 132, respectivamente.



que así como ha habido tiempos en los que los procedimientos y las relaciones jurídicas han estado marcados por la informalidad, también los ha habido en que la regla general ha sido la formalidad a ultranza. Por supuesto, los ha habido igualmente con todos los rangos intermedios posibles. Más aún, a veces se ha llegado inclusive al punto de la exaltación plena de uno y de otro conceptos –desde luego no de modo simultáneo sino más o menos alternado- mediante su elevación a la categoría de verdaderos principios de derecho en materia procesal.

Aun cuando la impresionante rigidez de ciertos procedimientos de tiempos muy recientes, e incluso el de algunos contemporáneos, bien podría hacer pensar otra cosa, lo cierto es que el apogeo del formalismo jurídico se dio a poco andar de su nacimiento, en tiempos del derecho romano antiguo. Su más elevada expresión es sin duda el régimen procesal contenido en el sistema de las *Legis Actio*⁸.

Inspirado en el deseo de asegurar la efectividad de los derechos subjetivos, la seriedad y la respetabilidad del ordenamiento legal y, con ellas, la seguridad y la eficacia del mismo -en especial las del régimen de las obligaciones y su cumplimiento- el formalismo acudió a ciertos ritos y ceremoniales de carácter entre mágico y religioso y construyó, a partir de su adaptación a las relaciones jurídicas, un sofisticado esquema de fórmulas solemnes de forzosa aplicación, orientado a afianzar ante todo la confianza pública⁹.

Y así, comenzando a partir del diálogo sacramental “*spondesne?—spondeo*” -que luego llegó a convertirse en su emblema- se fue desarrollando el formalismo jurídico, cuya primera fórmula propiamente procesal fue aquella de “*In ius te voco*”, mediante la cual una persona podía emplazar a otra de modo inapelable para que compareciera ante el pretor a fin de conseguir la resolución en derecho de un conflicto. Iniciado el proceso, tanto los trámites que debían cumplirse en todas sus etapas, como las actuaciones de las partes y hasta las frases que cada uno de los distintos protagonistas debía utilizar, estaban previamente definidas hasta el menor detalle.

8. De las cuales la más conocida es la *Legis Actio per Sacramentum*

9. Sobre el particular, véanse especialmente, entre otras, las obras de Vittorio Scialoja (“*Procedimiento Civil Romano*”, E.J.E.A. Buenos Aires, 1954) y Rudolph von Jhering (op. Cit. particularmente el Tomo III)

Con el tiempo, empero, el propio sistema comenzó a reaccionar contra la camisa de fuerza que ese excesivo rigorismo terminaba por imponerle, sobre todo en materias como la contractual, y en ellas fue inclinándose más bien por una marcada liberación de la voluntad privada. Así, especialmente en materia de negocios y salvo en los casos de determinados asuntos convencionales considerados de interés público, el formalismo fue dándole paso al modelo consensual, y desplazando así el centro de gravedad de muchos asuntos jurídicos.

Con todo, en materia procesal, buena parte de las fórmulas, los ritos y los símbolos sobrevivieron, junto con su espíritu, a la reacción “informalista”. Al fin y al cabo, estaban de por medio muchos siglos de experiencia, una estructura muy desarrollada y muy rigurosa y, sobre todo, un impresionante palmarés de éxitos en la causa de la promoción y la defensa de las libertades personales, y en la de la garantía del orden público involucrado en los asuntos de índole procesal.

Fue tal la significación del sistema que el Derecho Romano construyó en esa materia y tan marcada la influencia que él llegó a ejercer posteriormente sobre los regímenes legales a los que hizo tránsito, que con él aconteció algo semejante a lo que ocurrió con el derecho privado romano, y es que se constituyó para siempre en punto de referencia obligado del derecho moderno sobre la materia. Paradójicamente, ese esquema de reglas puramente adjetivas, tuvo más fecunda y larga vida que varios de los propios derechos de carácter sustancial cuyas efectividad y garantía habían constituido su propósito original. Como bien lo señaló von Jhering, “ el formalismo romano sobrevivió a la libertad romana”¹⁰.

Desde entonces, en materia de derecho procesal general, el formalismo ha sido más bien una constante histórica, particularmente en los países de la esfera jurídica continental europea.

Por lo que toca específicamente con el derecho procesal administrativo, la situación ha sido un tanto distinta, y en cierta forma sui generis, como distinta y sui generis ha sido su historia toda. En primer lugar porque – como bien se sabe- todos y cada uno de sus pasos han sido “picas en Flandes” que, a cual más penosamente, se han ido colocando en un terri-

10. “Les formes romaines ont survécu à la liberté romaine”. op.cit. Tomo III. pág.163.



torio en el que tradicionalmente había enseñoreado el poder más o menos absoluto, y con él, algún grado de arbitrariedad en las relaciones entre gobernantes y gobernados. Por consiguiente, aquí más que en cualquiera otra materia, cada milímetro que ganaba para sí el Estado de derecho, cada nuevo remedio jurídico que se creaba en beneficio del administrado, lo mismo que cada nuevo trámite o rito que se ideaba para apuntalar la juridicidad de la dinámica administrativa o para reducir el espacio de la caprichosa discrecionalidad de la administración, sin duda constituía un sonoro triunfo de la libertad.

Así fueron estructurándose durante la etapa final del llamado “antiguo régimen”, primero el *recurso de gracia* y luego el *recurso jerárquico*¹¹ como las herramientas primitivas de tipo procesal creadas para impugnar –si bien con toda suerte de limitaciones y cortapisas y solo ante los propios funcionarios gubernamentales- algunas decisiones administrativas que se estimaran contrarias a derecho. Así se estructuró también, cerca de un siglo más tarde, el *recurso por exceso de poder* que, al menos por el aspecto material, se constituyó en la primera de las acciones contencioso administrativas propiamente tales¹² –que en la actualidad conforman ya en prácticamente todas partes un verdadero sistema en el sentido literal de la palabra-. Y así fue estructurándose igualmente, a mediados del presente siglo, el llamado *procedimiento administrativo*, consistente en el conjunto de trámites y gestiones regulares, de naturaleza jurídica, que la administración y los administrados deben cumplir para el normal desarrollo de la función administrativa o con ocasión de ella.¹³

En un comienzo, cada uno de estos instrumentos y esquemas procesales empezó estando signado por una total informalidad, o, cuando menos,

11. Conocidos antecedentes directos de los actuales recursos de reposición y de apelación que en la mayoría de los ordenamientos conforman lo fundamental de la llamada vía gubernativa o conjunto de remedios procesales solo utilizables para ante la propia administración a fin de conseguir de ella la revisión de sus propios actos.
12. Antecedente remoto pero directo del actual contencioso administrativo de nulidad (o de anulación, como se lo llama en algunos países).
13. Por supuesto, los nombres, las características y las modalidades de estos trámites y gestiones varían de un país a otro, a veces inclusive de modo muy apreciable, pero por otra parte es claro que por lo menos tienen en común los patrones fundamentales.

por una cierta informalidad, en todo caso indiscutible. En su momento y en todos los casos, el solo hecho de haberse creado la respectiva institución procesal¹⁴ pareció bastar por sí mismo para que se considerara logrado el fin de asegurar el imperio del derecho y la derrota -o por lo menos la retirada- del primitivismo antijurídico.

Empero, con el tiempo fue haciéndose evidente la conveniencia, cuando no la urgencia, de definir unos pasos y unos caminos a seguir a fin de que la respectiva gestión pudiera adelantarse ordenada y eficazmente. También fue siendo necesario definir unas reglas generales que permitieran la normalización y la homogeneización de los respectivos trámites procedimentales. Además, se hizo menester asegurar, para protección del Estado de derecho, que, a la hora de su utilización por los ciudadanos, los diversos tipos de remedios y procedimientos se ejercieran y se promovieran con seriedad y sólo por quienes ostentaran la respectiva legitimación en la causa. Y, por sobre todo, se fue haciendo indispensable señalar, en fin, reglas que permitieran garantizar efectivamente que el acceso de los administrados a los distintos medios de protección y garantía de los derechos era común para todos, y se daba en condiciones de regularidad, igualdad y permanencia. Más recientemente aún, cuando en el mundo brotó con enorme fuerza el nuevo concepto de la democracia participativa, se hizo patente la urgencia de definir, tanto el marco general como los aspectos particulares del quién, el cuándo y el cómo de dicha participación en el vastísimo número de campos a los que ella se abrió para los ciudadanos.

Con todos esos propósitos en mente comenzaron entonces a idearse y a ir poniéndose en aplicación muchos de los esquemas formales que son típicos del derecho administrativo, tanto en materia de procedimientos administrativos como del régimen contencioso administrativo¹⁵, a tiempo

14. O, "la noción", al decir de Jhering (op.cit.)

15. Clásicas muestras de ellos han sido, en el derecho colombiano, entre varias otras, el régimen de la vía gubernativa que estuvo contenido en el Decreto Ley 2733 de 1959, el de las acciones contencioso administrativas que contenían, primero la Ley 130 de 1913 y luego la Ley 167 de 1941. En ellas, por ejemplo, el contencioso público y el contencioso privado contra los actos administrativos se dirigían contra el propio acto y no contra una parte propiamente tal. Y dentro del trámite propiamente ritual, tradicionalmente ha existido una etapa, llamada "de la fijación en lista", durante la cual solían surtirse la contestación de la demanda y las solicitudes



que, por otro lado, iban incorporándose a uno y a otro –prestados, por así decirlo- muchos institutos, originarios del derecho privado, pero perfectamente aplicables y adaptables.

Más adelante, se dio también el fenómeno de que el ordenamiento jurídico especial en materia procesal administrativa que así fue conformándose, y que a lo largo de cerca de dos siglos fue trazando su propio cauce, comenzó a inclinarse poco a poco y con cierta sutileza, pero como buscándolo naturalmente, hacia el cauce principal del derecho procesal general, al menos en materia de ciertos principios y de ciertos aspectos rituales. Esta es una tendencia clarísima que comenzó a insinuarse poco a poco en algunas legislaciones alrededor de la mitad del presente siglo, y que luego, comenzada la segunda, fue haciéndose cada vez más evidente y más universal.^{16 17}

En un momento determinado, y en lo que para muchos efectos llegó a considerarse como la llegada al mediodía del derecho administrativo, en la mayoría de las legislaciones prácticamente todo estuvo regulado y “procedimentalizado” casi al detalle, las más de las veces por medio de reglas de carácter especial: los procedimientos administrativos para la participación ciudadana, para el ejercicio del derecho de petición y para la gestión¹⁸ de la función administrativa, tanto en general, como muchos de ellos de modo particular; la contratación pública; los recursos

de pruebas por el demandante y por los coadyuvantes e impugnadores. Aún hoy, con la Ley 446 de 1998, se conservan en ella la contestación de la demanda, la eventual demanda de reconvención y la solicitud de pruebas del demandado y de los terceros intervinientes. Lo mismo puede decirse de ciertos recursos de carácter extraordinario en la vía contencioso administrativa, como el de anulación (que rigió entre 1984 y 1989, y el de súplica (que se instituyó a partir de la Ley 11 de 1975 y que aún se conserva, si bien bastante modificado)

16. Prueba de él son, por ejemplo, las normas legales que sobre la materia se han venido expidiendo en Colombia a partir de 1984, cuando se adoptó el nuevo Código Contencioso Administrativo que sustituyó a la Ley 167 de 1941. Otro tanto ocurrió, incluso previamente en España con la Ley de Procedimiento Administrativo (1958), en Argentina con el Decreto Ley 19549/72 (1972), en Costa Rica con la Ley General de Administración Pública (1978) y en Venezuela con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982)
17. Sobre el particular, consúltese, en especial, la obra ya citada de Allan R. Brewer-Carías, “*Principios del Procedimiento Administrativo*”
18. O la cogestión (entre gobernantes y gobernados) según el caso

de la vía gubernativa¹⁹ y el contencioso administrativo propiamente jurisdiccional. En el derecho moderno, estos fueron los días del imperio del que bien podríamos llamar *el formalismo administrativo*. En ellos, él tuvo la condición, unas veces implícita y otras explícita, de verdadero principio de derecho.

Desde luego, ese formalismo administrativo se dio en forma más marcada en unos países que en otros, especialmente en razón de consideraciones que solo se explican en función de aspectos de carácter puramente cultural de las naciones. Ellos tienen que ver, por ejemplo, con el mayor o menor arraigo que en los pueblos y en los países tengan principios tales como la confianza, la buena fe y la moralidad pública, la economía procesal, la prevalencia del interés público sobre el interés particular, el respeto por la ley sustancial, la eficacia administrativa, la autoridad y los conciudadanos, y valores éticos tales como la verdad, la justicia, la convivencia pacífica y el “temor reverencial” a la propia ley y al Estado de derecho. Porque, al fin y al cabo, no se trata –no puede tratarse– del rito por el rito mismo, o del trámite por el trámite mismo, o de la forma por la forma misma.

Por otro lado, el formalismo administrativo también tiene que ver, de modo muy directo, con otro aspecto cultural, cual es el de la historia, las tradiciones y las costumbres, como que es indiscutible que no pocas de entre el cúmulo de las formalidades jurídicas en esta materia corresponden específicamente a un momento y a unas circunstancias concretas, o son la expresión de un determinado y peculiar modo de ser nacional –o si se quiere de un síndrome nacional-²⁰, o son el resultado de un determinado proceso de evolución, que han dado lugar a ellas. Cuando tal es el caso, no es y no ha sido infrecuente que, pasado el tiempo, por una u otra razón se supere la coyuntura circunstancial o se doble la página del momento histórico que le dieron lugar a una formalidad determinada y, sin embargo, ésta subsista. Unas veces, porque no se cayó en la cuenta de eliminarla, y otras porque se olvidó cuál había sido su causa directa e inmediata. La verdad es que no son pocas las formas que hoy son aún, y que en realidad, si bien casi siempre tienen una explicación, lo cierto es que carecen por completo de la justificación que alguna vez tuvieron.

19. O en sede administrativa, como se los llama en algunas legislaciones

20. En este punto específico resulta particularmente iluminadora, por ejemplo, la obra “*El mal latino*” de Alain Peyrefitte (Plaza y Janés S.A. Barcelona, 1978)



Finalmente, el formalismo administrativo también ha tenido que ver en ocasiones con determinados momentos del avance de la ciencia -o de su falta de avance- y, así, son múltiples los ejemplos de exigencias o de prohibiciones que fueron directamente el producto del nivel del desarrollo tecnológico de un momento determinado.

Todo lo anterior hace perfectamente entendibles muchos de los desconciertos, de los recelos, de las sonrisas irónicas y hasta del desprecio que en ocasiones producen en la gente del común muchos ritos procesales y, a veces, hasta la idea misma de las formalidades.

Además, en tales condiciones también resulta entendible que muchas de las formas y ritos que en su momento fueron fundamentales para apalancar un derecho, para ordenar una gestión o para legitimar un trámite, con el tiempo hayan ido perdiendo esa virtualidad, y hoy día resulten en muchos casos carentes de justificación, superfluas y hasta engorrosas, cuando no la ocasión para burlar o desnaturalizar la ley, para demorar un resultado, y aún para frustrarlo, o para horadar la imagen de autoridad de los funcionarios públicos.

Ese, inclusive, ha terminado siendo precisamente –y además tristemente- el caso de algunas de las más recientes construcciones procesales, diseñadas con el fin de propiciar y canalizar el nuevo y trascendental concepto de la más amplia participación ciudadana en determinados asuntos públicos de marcado interés colectivo²¹.

Algunos de los referidos defectos estructurales del formalismo y muchos de sus inconvenientes meramente coyunturales han venido dando lugar, no solo a la comprensible serie de cuestionamientos que se ha

21. En el derecho colombiano, por ejemplo, aquellas que señalaron las condiciones de la participación de las instituciones públicas y privadas de educación, de los profesores, de los estudiantes y de los padres de familia en la determinación de las políticas educativas (artículo 35 de la Ley 30 de 1992); aquellas que fijaron las condiciones de participación de “la familia”, de “la sociedad”, y en determinados casos de “los campesinos” en el desarrollo general de la educación (artículos 7o., 8o. y 62 y siguientes de la Ley 115 de 1994); aquellas que señalaron la forma y condiciones de la participación ciudadana en las actuaciones administrativas relacionadas con asuntos ambientales (Título X de la Ley 99 de 1993), y aquellas que determinaron la forma y condiciones de las varias expresiones de participación de la comunidad en el “sistema de seguridad social integral” (Ley 100 de 1993)

dejado descrita, sino inclusive a lo que habría que calificar de una verdadera crisis del concepto. Así, muchas de las ritualidades que hasta hace muy poco se defendían a capa y espada como elevadas expresiones del avance del Estado de derecho, hoy se encuentran colocadas en tela de juicio.

Y en los últimos años -a mi modo de ver en buena hora- en Colombia se ha desatado una muy saludable fiebre “informalista”, orientada a “recoger velas” en la materia, cuya más elevada expresión ha sido, a no dudarlo, el Decreto-Ley 2150 del 5 de diciembre de 1995, por el cual, en ejercicio de las facultades extraordinarias que el Congreso le otorgó mediante la Ley 190 del mismo año ordenada a combatir la corrupción administrativa, el Gobierno expidió todo un estatuto sobre supresión y reforma de normas, procedimientos y trámites administrativos innecesarios.

Naturalmente, no se trata de una eliminación a rajatabla de todas las formas propias del procedimiento y de las relaciones administrativas, orientada a su “desregulación” a ultranza, sino, en cambio, de racionalizarlas, prescindiendo de todas aquellas que, en la época presente, se han convertido más bien en un obstáculo, o simplemente carecen de sentido.

Como su soporte principal, se adujo la reciente disposición de la Carta Fundamental de 1991 que elevó a la categoría de norma constitucional el principio universal de la buena fe, al afirmar que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”²² Y como soportes complementarios, los preceptos también constitucionales y también nuevos a cuyo tenor, respectivamente, “cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”²³ y “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”²⁴

22. Artículo 83

23. Artículo 84 ibídem

24. Artículo 209, inciso 1o.



A partir de tales premisas constitucionales y en cumplimiento del mandato legal²⁵ de propender por la moralidad en la administración pública, el Gobierno nacional, obrando con visión, e inclusive con audacia, procedió, entre otras cosas, a eliminar la exigencia de autenticaciones y reconocimientos de documentos²⁶, a prohibir la exigencia de determinadas comparecencias personales²⁷, a suprimir las declaraciones extrajuicio como requisito para el reconocimiento de ciertos derechos particulares²⁸, a prohibir la exigencia de permisos para los viajes al exterior de los menores con sus padres, de los cuales se habló atrás²⁹, a prohibir el usos de sellos en el otorgamiento o trámite de documentos³⁰, a prohibir la exigencia de ciertas copias o fotocopias de documentos y la prueba de requisitos previamente acreditados³¹, a prohibir los certificados de vigencia de los documentos de identidad de las personas³², a sustituir por el uso del correo la necesidad de muchas presentaciones personales de documentos y a eliminar el carácter obligatorio de la gran mayoría de las mismas³³, a ordenar la utilización de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos³⁴, a suprimir la exigencia de la firma de los secretarios generales en los documentos de la mayoría de las entidades públicas³⁵, a suprimir el acto de reconocimiento de personerías jurídicas y la exigencia de muchas de las licencias o permisos de funcionamiento y de urbanismo y construcción³⁶, a suprimir el registro estatal de títulos profesionales y la homologación o convalidación de los otorgados en el exterior, con excepción de los casos relacio-

25. Contenido en la Ley 190 de 1995 que concedió las facultades extraordinarias

26. Artículo 1o. del Decreto 2150 de 1995

27. Artículo 8o. ibídem

28. Artículo 10o. ibídem

29. Artículo 9o. ibídem

30. Artículo 11o. ibídem

31. Artículos 13o. y 14o. ibídem

32. Artículo 20o. ibídem

33. Artículos 25o. y 33o. ibídem

34. Artículo 26o. ibídem

35. Artículo 31o. ibídem

36. Artículos 40o. a 45o. y 46o. a 61o. ibídem, respectivamente

nados con las ciencias jurídicas y de la salud³⁷, y a hacer permanente o extender de modo considerable la vigencia de muchos documentos públicos, tales como la licencia de conducción y el pasaporte³⁸.

En relación con estas normas legales, resulta particularmente notable el nexo directo que en ellas se establece entre la eliminación de trámites procedimentales y la lucha contra la corrupción administrativa, que en los últimos tiempos se ha convertido, en el mundo entero, en una verdadera y comprensible obsesión de los estados.

Y hace apenas un par de meses, el Congreso colombiano resolvió seguir la misma pauta de supresión de exigencias formales, cuando, al expedir la ley sobre descongestión de los despachos judiciales³⁹, en la cual se hace un tanto menos rígido y más expedito el procedimiento contencioso administrativo, al disponerse, por ejemplo, que “en todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación”⁴⁰

No cabe duda acerca de que esfuerzos legislativos de los últimos tiempos han resultado muy significativos, y sobre todo muy valerosos⁴¹ dentro de la idea de pulir el procedimiento administrativo, despojándolo de una hojarasca que le hacía mucho más mal que bien, y reduciéndolo a los aspectos que son realmente importantes para la defensa y el engrandecimiento del Estado de derecho, de cara al nuevo milenio que se avecina.

Todo parece indicar que llegaremos a él con la *informalidad* erigida en principio general de derecho administrativo.

37. Artículos 62o. y siguientes *ibídem*.

38. Artículos 74o. y siguientes, *ibídem*.

39. Ley 446 de julio de 1998.

40. Artículo 11.

41. En especial, si se tiene en cuenta que en materia administrativa hablar de formas –y sobre todo de su eliminación– constituye un asunto mucho más delicado que en el caso del derecho privado, en donde estas podas resultan más sencillas y menos traumáticas, dado que tan solo están de por medio el interés y los derechos particulares.



Sin embargo, esa clara tendencia no puede interpretarse de manera radical en el sentido de que nos aprestamos a ser testigos, o incluso eventualmente responsables, de la desaparición del *formalismo*. No. Se trata simplemente de un cambio de inclinación –sin duda un tanto brusco pero ciertamente necesario- respecto de la que traía desde mediados del siglo, a fin de que, a la luz del principio cardinal de la razonabilidad, se logre establecer un armonioso equilibrio entre el formalismo y el informalismo, que permita volver a acompasar ese formalismo con la idea de *libertad*, de modo que uno y otra puedan continuar siendo, como corresponde, *hermanos gemelos y enemigos jurados de la arbitrariedad*.

Caracas, noviembre de 1998

**EL ARBITRAJE Y LA TRANSACCION
COMO METODOS ALTERNATIVOS
DE RESOLUCION DE CONFLICTOS
ADMINISTRATIVOS**

Luis Fraga Pittaluga



**EL ARBITRAJE Y LA TRANSACCION
COMO METODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION
DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS**

Luis Fraga Pittaluga

Ex-Director del Contencioso Administrativo
en la Procuraduría General de la República

Profesor de Postgrado de la Universidad Católica del Táchira

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FORMAL. 1. La crisis del procedimiento administrativo formalizado. 2. Los mecanismos alternativos como soluciones impuestas por el principio de eficacia administrativa. 3. Ambitos generales en los que es admisible la utilización de los medios alternativos en el derecho administrativo. 4. Límites en la aplicación de los mecanismos alternativos. A. El interés público. B. La reserva de control de legalidad de los actos administrativos al Poder Judicial. C. La indisponibilidad de las potestades administrativas. II. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FORMAL. 1. Transacción. 2.- Arbitraje.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FORMAL

1. La crisis del procedimiento administrativo formalizado

La modernización de la Administración es hoy en día una de las aspiraciones más sentidas de la sociedad moderna. El inmenso e ineficiente aparato burocrático que generó el modelo intervencionista, se encuentra inerte, inmóvil, incapaz de adaptarse a los cambios tecnológicos, a las nuevas necesidades sociales y especialmente al urgente entendimiento y la imprescindible colaboración entre el Poder Público y el ciudadano, piedra angular del bienestar común.

La Administración reclama un cambio radical y ese cambio debe producirse con prontitud, tanta que la dogmática del Derecho Administrativo de seguro encontrará inmensas dificultades para adaptarse a los cambios y de hecho los encuentra ya, puesto que tanto la doctrina, como la jurisprudencia como la actividad legislativa, van muy por detrás de la realidad.

Ese atraso indudable a dado luz a una realidad paralela, a un mundo alterno en el cual las relaciones entre la Administración y los ciudadanos se traban y resuelven por mecanismos informales, que no están recogidos en ningún texto normativo. Muchos de estos mecanismos son más eficientes que los plasmados por el derecho positivo, generalmente divorciados de las realidades que pretenden regular; otros en cambio son en extremo arbitrarios y lesivos de los derechos de los particulares.

Lo cierto es que muchas de las divergencias y conflictos que normalmente se producen en las constantes y variadas relaciones que se suscitan entre la Administración y los ciudadanos, pueden ser resueltas por mecanismos novedosos que sin estar atados a la rigidez de las actuales estructuras, ofrezcan suficientes garantías frente a la arbitrariedad y capricho de los funcionarios.

En la actualidad, el procedimiento administrativo constitutivo así como el de segundo grado o recursivo, no responden a su propósito fundamental, a saber, encausar el ejercicio de las potestades administrativas, en forma eficaz y oportuna, en procura de satisfacer el interés público.

El procedimiento constitutivo se ha cerrado al ciudadano y concluye normalmente en una decisión, no sólo afectada por muchos vicios formales, sino, en muchos casos, gravemente viciada en su causa, pues la Administración no emplea mayores esfuerzos en descubrir la verdad material. Esta patológica situación genera el innecesario, costoso y dilatado mecanismo de la revisión en vía administrativa del acto viciado, la cual, de paso, es un requisito insoslayable para el acceso al control judicial de la actividad administrativa, agregándose así un obstáculo más a la eficacia administrativa.

Por su parte, el procedimiento de segundo grado o recursivo, concebido por la mayoría de las legislaciones, como hemos dicho, como un paso



necesario antes de acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, es sólo eso: un tortuoso y largo camino, alejado totalmente de los fines autocompositivos que lo deberían inspirar, que alimenta una conflictividad artificial entre el ciudadano y la Administración, contrariando los intereses de ambos, sin beneficio para nadie.

La experiencia cotidiana enseña que los procedimientos de segundo grado concluyen en la generalidad de los casos con una ratificación a ciegas del acto recurrido, ratificación que tiene su fuente, bien en una excesiva comodidad del funcionario, a quien le resulta más fácil atenerse a lo ya decidido, bien en el temor de las responsabilidades que puede engendrar la anulación errónea de un acto válido.

Esta situación puede cambiar a través del uso de los llamados medios alternativos de solución de disputas, pero las viejas y anquilosadas teorías del Derecho Administrativo, podrían condenar la operatividad de tales medios alternos.

Los dogmas sagrados de esta disciplina que con tanto celo hemos defendido durante años, convierten el campo de los medios alternativos, a veces, en una tierra de desesperanza. Conviene entonces señalar desde ya que el tema bajo análisis enfrenta tremendas dificultades teóricas y, a veces, infranqueables obstáculos en el derecho positivo.

La Administración en general está regida por el principio de la legalidad, pivote sobre el cual descansa el Estado de Derecho. Sin embargo, este principio coexiste en simbiótica relación con el de la eficacia administrativa y el de la participación ciudadana, *corners stones* de la Administración Pública que encara el nuevo milenio.

De esta confluencia de postulados, que en momentos puede pensarse que conducen a soluciones encontradas, surge la necesidad de flexibilizar las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, sin llegar a la peligrosa *huida del Derecho Administrativo*, que en el fondo encierra una solapada huida del principio de la legalidad.

Sin relajar el señalado principio, surge la necesidad de habilitar espacios para la participación ciudadana, la cooperación, el diálogo y la negociación; en definitiva, urge acudir a lo que han calificado con acier-

to los profesores españoles GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ como la *administración concertada*.

Según estos autores, desde hace algún tiempo se ha intentado teorizar como una tendencia general y estimular como una política liberalizadora y desalienante la llamada *administración concertada*, a través de la cual la Administración renunciaría a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes y se avendría a convenir con los particulares destinatarios la aplicación concreta de los mismos, ganando en cambio una colaboración activa de los administrados más beneficiosa que la pasiva y resignada, cuando no eludida o evadida sumisión¹.

Bajo la égida de estas vanguardistas orientaciones, surge hoy una importante tendencia a buscar formas negociales o convencionales para la regulación de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. En esta tendencia se enmarcan varios de los más importantes ordenamientos jurídicos del mundo occidental como **Estados Unidos** con la *Alternative Dispute Resolution Act* y la *Negotiated Rulemaking Act*; **Alemania**, con su *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*; **Italia**, con la *Ley 241* sobre nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos; **Francia**, con el informe presentado por el Conseil d'Etat "*régler autrement les litiges*", publicado en 1993; y, finalmente, **España**, con las novedadísimas e importantes regulaciones contenidas en los artículos 88 y 107.2 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

Precisamente la regulación española constituye un ejemplo paradigmático de estos cambios que se producen en el seno del derecho administrativo formal. En efecto, de conformidad con el artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las Administraciones podrán celebrar *acuerdos, pactos, convenios o contratos* con personas tanto de derecho público como de derecho privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomenda-

1. GARCIA DE ENTERRIA, E – FERNANDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1995, T. I, p. 649.



do, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

El apartado tercero de dicha norma señala que los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

La norma citada, que se refiere al procedimiento administrativo constitutivo, es complementada por el artículo 107.2, que alude a los casos en que ya existe una decisión administrativa. De acuerdo con esta disposición, las leyes pueden sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de *conciliación, mediación y arbitraje*, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que reconoce la ley a los ciudadanos y a todo interesado en un procedimiento administrativo.

De otra parte, se deja claro lo que, de paso, no podría ser puesto en duda, en el sentido que los acuerdos que se suscriban no pueden suponer alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

Finalmente, en el caso de los medios alternativos que resultan aplicables en el supuesto de que ya exista un acto administrativo y por cuya virtud pueden resultar sustituidos los procedimientos ordinarios de impugnación, la ley deja claro que deben respetarse los principios, garantías y plazos que se reconocen a todo ciudadano y a cualquier interesado en el procedimiento administrativo.

La lectura de estas normas recrea con facilidad las grandes posibilidades que existen para la solución concertada de asuntos entre la Administra-

ción y los administrados. Cualquier preocupación sobre la afectación del interés público queda despejada por la expresa mención que hace la ley a que los convenios no deben ser contrarios al ordenamiento jurídico, no pueden versar sobre materias no susceptibles de transacción y su objeto debe ser, justamente, la satisfacción de dicho interés público.

Alguna doctrina expresa que estas disposiciones requieren un desarrollo sucedáneo para ponerse en práctica, pues se trata de normas abiertas que consagran sólo unas prescripciones y límites generales vinculantes o indicativos². Otros sostienen, refiriéndose especialmente al artículo 88, que se trata de normas de aplicación inmediata, en primer lugar, por lo que se deduce de la propia interpretación literal del artículo que autoriza a las Administraciones Públicas a celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendados y, en segundo término, porque la Administración no pierde sus facultades decisorias cuando contrata, sino que articula y expresa su voluntad por esta vía³.

Con todo, cualquiera que sea la posición asumida, es preciso reconocer que estas normas son un avance sin precedentes en el derecho administrativo formal que debe estimular a nuestros legisladores a una sana imitación.

En conclusión, la crítica ineficiencia del procedimiento administrativo reclama la apertura del mismo a la participación del ciudadano, a la búsqueda de soluciones concertadas que logren la adhesión voluntaria del administrado a la actividad administrativa, impulsando el alcance de la eficacia extraviada. En este sentido, los mecanismos alternativos surgen como una herramienta fundamental para alcanzar estos objetivos. Veremos de seguidas cuál es el fundamento que soporta el uso de mecanismos, cuáles son los ámbitos dentro de los cuales los mismos son posibles y cuáles son los límites para su aplicación.

-
2. **SANCHEZ MORON, M., et alii.** *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.* IVAP, Pamplona, 1995, p.14.
 3. **DELGADO PIQUERAS, F.** *La terminación convencional del procedimiento administrativo.* Aranzadi, Pamplona, 1995, pp.186-187.



2. *Los Mecanismos Alternativos como soluciones impuestas por el principio de eficacia administrativa*

Los mecanismos alternativos al procedimiento administrativo son formas que sustituyen la decisión unilateral, ejecutiva y autoritaria de la Administración por una decisión concertada, producto de la voluntad común de la autoridad y el particular⁴. Mientras la decisión administrativa unilateral supone una posición de desequilibrio y, ordinariamente, el desacuerdo entre las partes, los modos alternativos reposan sobre el acuerdo entre las partes y la igualdad entre ellas.

Los modos alternativos entonces son medios de resolución que pueden utilizarse solamente si las partes acceden al empleo de los mismos y si con ellos se llega a una solución que no sea impuesta por ninguna de ellas. Se trata pues de métodos de resolución convenidos e igualitarios⁵. En Estados Unidos, la *Alternative Dispute Resolution Act* define los medios alternativos (*alternatives means*) como cualquier método utilizado en lugar de una resolución administrativa con la finalidad de resolver conflictos.

Bajo este contexto podemos entender como los llamados módulos convencionales o alternativos al procedimiento administrativo persiguen sin duda una forma acelerada y efectiva de satisfacción del interés público y como muchas otras instituciones modernas del Derecho Administrativo, los mismos apuntan a la consecución de la ansiada eficacia administrativa, mas la satisfacción de tan importante postulado nunca puede ir en contra de la ley, sino que debe alcanzarse dentro de los precisos límites que ésta fija.

Estos instrumentos se acomodan a la necesidad de conciliar la garantía y la participación de los interesados con la eficacia administrativa como fines del procedimiento administrativo⁶. Por tanto, las formas alternati-

4. Vid. SANCHEZ MORON, M., *et alii*. *O.c.*, p.15.

5. RICHER, L. "Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif". AJDA, Paris, Janvier 1997, Nro.1, p.4.

6. MALARET I GARCIA. "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento". *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*. Bosch, Barcelona, 1994, p.312.

vas a las tradicionales formas unilaterales encuentran su primer fundamento en criterios de eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas, gravemente paralizadas en su gestión por la multiplicación de los trámites burocráticos ejecutados por funcionarios abstraídos de la realidad, que colocan frente al ciudadano la barrera impenetrable de la desigual relación entre el titular de la potestad y el súbdito.

Las nuevas tendencias que insuflan el Derecho Administrativo, especialmente la constitucionalización del mismo, han modificado la dogmática clásica y, concretamente, han dado al traste con viejos dogmas. Estas nuevas tendencias no procuran defenestrar el principio de la legalidad, sino imponer, como ha expresado MARTIN REBOLLO, un Derecho "no contra la Administración, sino para facilitar sus mutuas relaciones, de modo que ese Derecho sea útil instrumento para la consecución de los fines que la Constitución encomienda a la Administración y, al mismo tiempo, signifique una eficaz garantía para los ciudadanos"⁷. Se dice pues que el principio de la eficacia administrativa ha aumentado el nivel de exigencia a la Administración, pues ya no sólo se le exige que su actuación respete al principio de legalidad, sino que, respetándolo, sea también eficaz⁸.

En nuestro país el principio de la eficacia administrativa no tiene consagración constitucional expresa, más ello no le roba entidad e importancia, pues el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos lo señala como uno de los postulados generales que presiden la actividad de los entes que actúan en ejercicio de potestades administrativas, de lo que se sigue que el logro de una acción administrativa más eficaz es más que una simple aspiración, se trata, por el contrario, de un propósito indeclinable para la modernización del Estado.

3. *Ambitos generales en los que es admisible la utilización de los medios alternativos en el Derecho Administrativo*

De lo que ha quedado expuesto en los párrafos precedentes surge con meridiana claridad la urgente necesidad de acercar la actividad adminis-

7. **MARTIN REBOLLO.** *El derecho administrativo y las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos.* Cáceres, 1984, p.21.

8. **MORILLO-VELARDE PEREZ.** "La huida del Derecho Administrativo". *Homenaje a Clavero Arévalo.* Civitas, Madrid, 1994, T. I, p.1003.



trativa al ciudadano, siendo los medios alternativos de resolución de conflictos una herramienta de incalculable valor en la consecución de este propósito. La cuestión radica realmente en determinar cuáles son los ámbitos propicios para esta apertura, cuáles son los límites que enfrenta los mecanismos alternativos y cuáles de dichos mecanismos podrían encontrar cobertura legal en nuestro ordenamiento jurídico.

El procedimiento administrativo formalizado es, sin lugar a dudas, el mecanismo ordinario a través del cual se encausa la actividad administrativa en todas sus manifestaciones. Este procedimiento ofrece, en principio, la garantía de la certeza y de la seguridad jurídica, en tanto, al menos teóricamente, los administrados pueden conocer los pasos que debe respetar la Administración para actuar y los que ellos deben seguir para resguardar sus derechos e intereses legítimos. En consecuencia, allí donde la actividad de la Administración es reglada, donde existe un delicado equilibrio entre el ejercicio irrenunciable de las potestades públicas y los deberes y garantías de los administrados, el procedimiento administrativo formalizado es, en principio, la única opción.

Por tanto, el campo de los medios alternativos estará abierto cuando la Administración goza de potestades discrecionales o cuando la participación del administrado en el procedimiento administrativo es perfectamente posible y no quebranta el interés público o cuando la Administración actúa sometida preeminentemente al derecho privado. Es decir, los medios alternativos son posibles en todos aquellos supuestos en que la aplicación de fórmulas negociadas de solución de conflictos entre la Administración y los administrados o de integración de la voluntad administrativa, no suponen una lesión o afectación del interés público.

Trataremos de identificar de seguidas, en forma muy general, cuáles son los ámbitos propicios para los medios alternativos en el ámbito del derecho administrativo ordinario.

a.- El ámbito fundamental en el cual los medios alternativos de solución de conflictos entre la Administración y los administrados son admisibles, lo constituye sin duda la llamada actividad privada o sometida al

derecho privado de aquélla, en la cual el principio de la autonomía de la voluntad tiene preeminencia.

Ahora bien, la delimitación de cuál es esta actividad de la Administración que escapa, si no totalmente al menos en gran medida, de las rígidas normas del derecho público, es uno de los problemas más áridos del derecho administrativo. Aunque no es el propósito de este trabajo realizar esa delimitación conceptual, nos parece importante tratar de establecer algunas notas que nos permitan deslindar más fácilmente el ámbito de aplicación de los medios alternativos. Para delimitar cuál es la actividad privada de la Administración, trataremos de establecer primero en qué consiste la actividad de ésta sometida al derecho público.

Pareciera un pleonasma decir que la actividad típica de la Administración, es la actividad administrativa. La actividad administrativa equivale, en términos restringidos, a la administración en sentido material o sustancial, es decir, el cúmulo de todo aquello que la Administración, entendida como una estructura orgánica, realiza. Se trata pues de la actividad que la Administración cumple en el ámbito del Derecho público, constituida por manifestaciones de voluntad que inciden sobre la esfera de derechos de los administrados.⁹

Sin embargo, este concepto no explica la situación, hoy totalmente aceptada, de entes de Derecho privado, es decir, que no forman parte de la Administración Pública, que ejecutan actividad administrativa en ciertos y determinados casos (Bolsas de Valores, Colegios Profesionales, Federaciones Deportivas, etc.).

Por ello no puede darse una definición orgánica de la actividad administrativa, pues ella cae irremediamente en la superficialidad, tornándose inútil para acometer el estudio de los complejos fenómenos que hoy debe analizar el derecho administrativo. En consecuencia, la definición debe atender con preferencia al criterio material, estableciéndose las notas definidoras de la actividad administrativa por su esencia misma y no en razón de la naturaleza del sujeto que la ejecuta. Una conclusión

9. Vid. **RONDON DE SANZO, H.** *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana-UCV, Caracas, 1981, p.15 y ss.



contraria significaría que toda la actividad de las personas públicas es actividad administrativa¹⁰ y, por ende, es imposible que estas personas realicen actividad de naturaleza privada¹¹.

Para un sector de la doctrina el cúmulo de manifestaciones de la actividad administrativa es complejo y comprende: i) la actividad política o de gobierno que se lleva a cabo con el objeto de conducir la política del Estado; ii) la actividad normativa, que comprende la normación excepcional o de urgencia, la normación de rango legal con base a facultades extraordinarias y la normación reglamentaria o de segundo grado; iii) la actividad organizativa, que supone la creación y provisión de cargos; la desconcentración de funciones, etc.; iv) la actividad interna, que fundamentalmente arropa a las funciones consultivas, las órdenes, instrucciones de servicios, circulares, etc.; y iv) la actividad propiamente administrativa, que se concreta en la emisión de manifestaciones de voluntad reales (meros actos administrativos, hechos administrativos, etc.) o declarativos (actos administrativos)¹².

En consideración de lo expuesto podemos afirmar que la actividad administrativa es aquella que implica la ejecución directa de la ley¹³ y cuyo propósito es dar satisfacción a los intereses fundamentales y generales de la colectividad. No desconocemos que la definición anterior tal vez peque de simple, pero abundar en mayores detalles en una materia tan debatida donde las dudas superan las respuestas, es poco aconsejable, dados los precisos límites de nuestro enfoque.

Ahora bien, aun cuando es cierto que la función administrativa es la justificación de la existencia de la Administración y explica la situación

10. Expresa la doctrina que caracterizar la actividad de una entidad subjetiva por su pertenencia a la propia entidad subjetiva significa caer en una tautología, *Vid. GIANNINI, M.S. Derecho Administrativo*. MAP, Madrid, 1991, p.109.
11. Alguna doctrina opina que la actividad de las personas públicas sometida al Derecho privado, es actividad administrativa de Derecho Privado, y ello es así pues se asume que toda la actividad de las personas públicas es administrativa (*Vid. RONDON DE SANJOSE, H. O.c.*, p.26.).
12. **PÉREZ LUCIANI, G.** "Funciones del estado y actividades de la Administración". *Revista de Derecho Público*. EJV, Caracas, 1983, Nro.13, pp. 27 y 28.
13. Esta ejecución de la ley es voluntaria por oposición a la contenciosa que llevan a cabo los tribunales, *Cf. S. CPCA, 16.12.80, RDP Nro.5, p.109.*

de supremacía en que ésta se encuentra normalmente frente a los particulares, resulta que la Administración y en definitiva las personas públicas que forman parte de ésta, no siempre actúan en ejercicio de la función administrativa, pues, como cualquier otro sujeto de derecho, dichas personas pueden servirse de los medios ofrecidos por el Derecho privado, tanto para alcanzar una finalidad de carácter privado como para cumplir una finalidad de carácter público. Si bien desde el punto de vista teórico es concebible una persona jurídica pública que tenga solamente capacidad de Derecho público, en realidad esto no ocurre ni se encuentra en ningún sistema de derecho positivo; además, nadie puede negar que la persona pública puede atender a los fines públicos que le han sido asignados como fines, tanto con instrumentos de Derecho público, cuanto con instrumentos de Derecho privado¹⁴.

Resulta entonces que el problema no es determinar lo que nunca ha sido puesto en duda; vale decir, la administración pública *sí puede realizar actividades privadas*, y estas consisten en todas aquellas que tienen por objeto atender a sus propias necesidades, siendo su contenido fundamentalmente patrimonial. Alguna doctrina las califica como actividades propias de la “funcionalidad organizativa” que se ejecutan a través de los llamados negocios jurídicos instrumentales. En este ámbito entran todos los negocios destinados al abastecimiento de bienes y servicios, a la conservación de los mismos y otras acciones análogas¹⁵. Afirma PÉREZ LUCIANI que la actividad privada de la Administración está compuesta por un grupo de actos que cumple ésta como un particular: la administración y cuidado de ciertos bienes, el cobro de rentas por bienes arrendados, o el de cuotas por bienes vendidos; el cuidado de fincas o fundos de su propiedad, la negociación de los bienes de una herencia vacante, etc.¹⁶

Así entonces, la interrogante fundamental es otra y su solución es mucho más compleja, se trata de determinar las tenues fronteras entre el Derecho público y el privado y su respectiva aplicación a determinadas actividades de las personas públicas. Como expresa el profesor BREWER

14. RONDON DE SANZO, H. *O.c.*, p. 26.

15. RONDON DE SANZO, H. *O.c.*, p.26; *Vid.* S. CSJ/SPA, 16.02.95, CPCA, 09.08.84.

16. PÉREZ LUCIANI, G. “Funciones del estado y actividades de la Administración”. *Revista de Derecho Público*. EJV, Caracas, 1983, Nro.13, P.27.



el tema tradicional de discusión en el derecho administrativo ha sido el establecer cuáles son los campos de regulación que sólo pertenecen al derecho administrativo, si es que los hay; y hasta qué punto la aplicación del derecho privado a la Administración constituye realmente una huida de ésta del derecho administrativo.

Como asienta autorizada doctrina¹⁷, la determinación de la naturaleza pública o privada de ciertas actividades de la Administración, exige referirse a situaciones como las que siguen:

i) Falta de normas específicas de carácter público que regulen expresamente determinada relación entre la Administración y los particulares, sin que pueda determinarse la naturaleza jurídica-pública o privada de la relación.

ii) Tanto el Derecho público como el Derecho privado, ofrecen distintos medios jurídicos para la obtención de una determinada finalidad, sin que esté claro cuál de los dos órdenes ha decidido adoptar la Administración.

iii) La existencia de normas específicas de carácter público que regulan una determinada relación, pero que dada la identidad de contenido con la regulación que se establece entre particulares (reguladas por el Derecho privado), plantea la duda sobre si la relación sea verdaderamente de carácter público o regulada esencialmente por el derecho privado.

En este sentido es bueno recordar que la Administración protagonizó, primero discretamente en el ámbito de la actividad mercantil e industrial y luego ya de forma generalizada, una huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, que en criterio de algunos tuvo la finalidad encubierta de burlar los procedimientos administrativos y el control de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁸.

17. **SOSA GOMEZ, C.** "Los contratos entre personas jurídicas-públicas. Base conceptual. Naturaleza jurídica de los actos inter-órganos de la Administración. Algunos ejemplos de relaciones inter-órganos". *Régimen jurídico de los contratos administrativos*. Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, p.100 y ss.

18. **CHINCHILLA, C.-LOZANO, B.-DEL SAZ, S.** *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. (tres Estudios)*. Civitas, Madrid, 1992, pp.140 y ss.

De allí hasta la presente fecha el fenómeno ha adquirido proporciones alarmantes, y su consecuencia más preocupante es la carencia de un régimen jurídico particular que esté a medio camino entre el derecho público y el privado, es decir, que combine las garantías que ofrece el derecho administrativo desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, y la flexibilidad del derecho privado que hoy reclaman las nuevas economías abiertas en las que el Estado pierde cada vez más su papel intervencionista.

Alguna doctrina rechaza rotundamente la posibilidad de que la actividad mercantil de la Administración esté totalmente desvinculada del régimen jurídico-público, especialmente de la protección de algunas garantías fundamentales que protegen al ciudadano frente a la Administración. Se dice así que toda la actividad administrativa está sometida, con diversa intensidad, según el caso, al derecho público.

Los problemas que plantea el régimen jurídico aplicable a las distintas actividades que puede realizar una persona pública, están íntimamente vinculados a la posibilidad de delimitar cuáles actuaciones son estrictamente de derecho público y cuáles lo son de derecho privado, lo cual, como se ha expresado, no resulta del todo fácil.

También están estrechamente vinculados estos problemas con la importancia que se dé al criterio orgánico como índice revelador de la personalidad pública, pues, aun cuando la actuación pueda calificarse fácilmente como normalmente sometida al derecho privado, la presencia de un ente público en la relación jurídica de que se trate, comporta unas especiales consecuencias que distinguen esa relación de aquellas que se traban ordinariamente entre los particulares.

La situación se complica aún más porque, como se sabe, existió una tendencia desde mediados del presente siglo en los ordenamientos jurídicos europeos que han tenido influencia en el nuestro, en vincular al derecho público actividades que normalmente estaban confiadas a la gestión privada, vale decir, actividades que, desde un punto de vista material o sustantivo, podrían calificarse como privadas. Esta iuspublicación ha llegado al punto de arropar bajo el manto del derecho público y someter al conocimiento del juez administrativo,



actuaciones cumplidas por entes cuya naturaleza privada es incuestionable¹⁹.

Como reacción a esta tendencia hoy en día se produce el fenómeno inverso, el cual llevado hasta sus últimas consecuencias provoca lo que se llama la huida del derecho administrativo. Esta huida ocurre cuando la privatización formal de las actividades públicas (es decir, cuando la actividad administrativa se hace regir por el derecho privado), no lleva consigo la sujeción a reglas jurídicas suficientes. Así entonces, la huida es el abuso en el principio de la libertad de elección entre el derecho público y el privado, del que inicialmente puede hacer uso la Administración o el legislador²⁰.

La señalada huida no ocurre cuando la persona pública simplemente ejecuta actos de naturaleza estrictamente mercantil, como ya lo dijimos; el problema es cuidar que bajo ese pretexto pretenda eludirse la aplicación del derecho administrativo. La huida del derecho administrativo se presenta entonces como un aspecto patológico de la diatriba que ordinariamente se presenta a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a las actuaciones de las personas públicas.

Lo cierto es que derecho público y derecho privado se mezclan de tal forma que la variedad y las matizaciones desafían toda tentativa de síntesis. La investigación se pierde en las sutilezas de las excepciones a los principios, de las derogaciones de las excepciones, de las presunciones susceptibles de invertirse y la reflexión se precipita al vértigo²¹.

Las personas públicas en el ejercicio de sus distintas actividades, se encuentran sometidas, en mayor o menor grado, al derecho público y al derecho privado. Sin embargo, ello no puede conducir a que se pierda de vista que el derecho administrativo es el derecho que normalmente rige todas las actividades de las personas públicas, mientras que el derecho privado es en verdad un régimen excepcionalmente aplicable a éstas. Como excepción al fin,

19. Cf. Ss. CPCA, 15.03.84, caso: SACVEN; 13.02.86, caso Asociación de Tiro del Distrito Federal; 16.12.87, caso Criollitos de Venezuela; CSJ/SPA, 21.02.90, caso Criollitos de Venezuela; CSJ/SCC, 07.07.94, caso Universidad José María Vargas.

20. **GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S.** *El derecho administrativo privado*. Montecorvo, Madrid, 1996, p.122 y ss.

21. **WEIL, P.** *Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1984, p.113.

la aplicación del derecho privado no puede en ningún caso ser la regla en el supuesto de actividades llevadas a cabo por una persona pública.

Nuestra jurisprudencia ha dicho sobre el particular lo que sigue:

“Sostener que un hecho de la vida social está regido exclusivamente por un determinado sector del derecho público o del derecho privado, es algo que no se conforma con la realidad ni con los principios científicos. El derecho es una unidad. Según varíen las circunstancias, una misma persona o una misma cosa puede ser objeto de la aplicación de una norma de derecho público o de una norma de derecho privado, también y al mismo tiempo, de ambos tipos de disposiciones (...)

En principio toda persona –ya sea natural o jurídica- tiene capacidad para realizar actos de derecho público y de derecho privado. El Estado mismo –persona pública por excelencia- tiene capacidad para realizar actos de derecho privado, y en cuanto a éstos queda sometido a la respectiva normativa legal. Por su parte, la persona privada que efectúe actos de derecho público, queda regida por éste en esa específica actividad.

Cuando un ente público compra o vende un inmueble por vía convencional, tanto la conclusión como los efectos del respectivo contrato quedan sometidos a las normas pertinentes del derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de las normas de derecho público que rigen igualmente las operaciones económicas de la administración nacional, estatal o municipal.

Por su parte, el particular que actúa como agente de retención del impuesto sobre la renta, realiza una función pública, y su responsabilidad se equipara a la de un funcionario de la administración (artículo 88 de la Ley de Impuesto sobre la Renta). Su sujeción en el caso al derecho público, no le despoja de



su carácter privado ni impide que en sus demás actividades siga rigiéndose por el derecho privado”.²²

Ahora bien, aun cuando es posible que existan actos de las personas públicas sólo sometidos al derecho público, no puede haber actos de estos entes sometidos sólo al Derecho privado. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, no ha sido consecuente con esta idea, tal como lo reseña nuestra más autorizada doctrina²³, al comentar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 18.07.85, en el conocido asunto *Leopoldo Díaz Bruzual*.

La afirmación que antecede, referida a los actos unilaterales de las personas públicas, ha sido extendida por la doctrina²⁴ a los actos bilaterales de éstas, pues aún admitiéndose que existen ciertos contratos celebrados por la Administración que están más cerca del derecho privado que del Derecho público, no es dable afirmar que en ellos esté ausente toda regulación de este último. De hecho, aun en el contrato civil por antonomasia que es la venta, cuando ésta es ejecutada por una persona pública existen normas de Derecho público que deben ser respetadas, tales como las relativas al funcionario competente para firmar el contrato, el sometimiento de la selección del cocontratante a un procedimiento administrativo especial (licitación), el respeto de las normas presupuestarias correspondientes, etc.

En adición a todo lo expuesto es conveniente señalar que las personas públicas no son libres de escoger el régimen jurídico al que se van a someter, tal determinación sólo puede hacerse con vista a tres elementos fundamentales, a saber, lo que disponga la ley o los actos de rango sublegal que sean aplicables; las exigencias del interés público cuya satisfacción o cuidado ha sido confiado a la persona pública correspondiente y, finalmente, la naturaleza misma del negocio jurídico o la actividad que se va a ejecutar²⁵.

22. Cf. S. CSJ/SPA, 18.07.85, caso Leopoldo Díaz Bruzual, bajo la ponencia del Magistrado Dr. René De Sola.

23. BREWER-CARIAS, A. *O.c.*, p.57.

24. BREWER-CARIAS, A. *O.c.*, p. 58.

25. Autorizada doctrina dice que las personas públicas pueden someterse al Derecho privado: a.- Si no existen graves razones para considerar que la actuación de carácter público sea esencial, es decir, que la ley no exija y presuma de manera terminante que en la consideración del ente público, se encuentre en primer plano el interés público; b.- Que exista una equivalencia entre el medio de carácter público y el de carácter privado, Cf. SOSA GOMEZ, C. *O.c.*, p.101.

En mérito de todo cuanto antecede podemos decir que las personas públicas, pueden realizar actividades de naturaleza privada las cuales suponen la sumisión de éstas a un régimen de derecho privado el cual, no obstante, no es absoluto ni excluyente del régimen jurídico de derecho público, pues este último regirá, aunque sea en grado mínimo y en forma concurrente y subordinada en los casos más extremos, cualquier actuación de estos sujetos.

Estas actividades, fundamentalmente sometidas a un régimen de derecho privado, son el principal ámbito en el cual puede desplegarse el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos entre la Administración y los administrados. La aplicación preponderante del derecho privado permite, en nuestro criterio, disipar las dudas sobre la capacidad de disposición del ente público para alcanzar formas negociadas o concertadas, que sustituyen el procedimiento administrativo, bien a través de la transacción, el arbitraje o cualquier otro mecanismo convencional.

b.-Sin embargo, en adición a estos sectores de la actividad administrativa dominados por el derecho privado donde no parecen haber mayores inconvenientes para la aplicación de los mecanismos alternativos, existen otras áreas que aun cuando están regidas por el derecho público, admiten las soluciones concertadas entre la Administración y los administrados. En estos casos se trataría de sustituir la decisión unilateral de la Administración, por una decisión concertada. Estas áreas han sido divididas en tres grandes bloques, a saber:

- i) Los acuerdos o pactos formalizados que tienen por objeto poner fin a un procedimiento administrativo o a un conflicto, no judicial, entre la Administración y el administrado o precaver un eventual litigio.
- ii) Los acuerdos que no ponen fin a un procedimiento administrativo sino que predeterminan el contenido de la manifestación de voluntad de la Administración, como ocurre en el caso de los convenios tributarios que están previstos en el artículo 124 del Código Orgánico Tributario.
- iii) Los acuerdos que tienen por objeto servir de paso previo o acto preparatorio para la decisión final como ocurre, por ejemplo, con la consulta pública sobre los planes de desarrollo local a que se refiere el artículo 38 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.



El comentario que nos ha sido encomendado, limita nuestro trabajo al análisis de los mecanismos alternativos que tratan de poner fin a un conflicto entre la Administración y el administrado o precaver la ocurrencia de un litigio futuro entre ambos.

Aun cuando carecemos de una norma similar a los artículos 88 y 107.2 de la LRJAPyPAC, sí existen en nuestro ordenamiento jurídico algunos antecedentes que podrían calificarse como rudimentarios mecanismos convencionales lo cual permite sostener que las soluciones concertadas puedan encontrar un campo fecundo en el ámbito administrativo, incluso en materias donde el interés público está en juego.

Estos antecedentes rudimentarios que se insertan en el ámbito de acuerdos que precaven un litigio y no en las formas convenidas de terminación de procedimientos administrativos, son el arreglo amigable en materia expropiatoria y el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República.

b' El arreglo amigable

La Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social, estatuye que antes de procederse a la expropiación se gestionará un arreglo amigable con los propietarios. Ciertamente, de conformidad con Parágrafo Unico del artículo 3, *ejusdem*, el órgano administrativo está facultado para gestionar con el administrado un *arreglo amigable* en el cual el expropiado conviene en la expropiación y acuerda designar una junta de peritos a objeto de que dentro del lapso convenido en el arreglo, consignan el informe de avalúo correspondiente, el cual obviamente puede ser impugnado tanto por la República como por el particular, de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

La naturaleza del *arreglo amigable* ha sido definida por la jurisprudencia como un mecanismo para evitar el procedimiento jurisdiccional y lograr en sede administrativa el avenimiento a la expropiación, pero en modo alguno tales gestiones amigables constituyen un prerequisite procesal a la solicitud de expropiación que se formula por ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa²⁶.

26. Sentencia de la CPCA, de fecha 22-1-87, caso: Hildemaro García Vs. República, consultada en R.D.P. No. 29, pág: 149.

Por otra parte, respecto del arreglo amigable a que hace referencia el artículo 35 de la Ley de Reforma Agraria y los artículos 18 y 19, de su Reglamento, salta a la vista la disposición del Ejecutivo Nacional –en el mencionado Reglamento- de imponer al organismo expropiante (IAN) el cumplimiento de una *oferta razonada* como una formalidad esencial del procedimiento, sancionando el desacato de dicha orden con no darle cuenta a la demanda de expropiación.

Dicha oferta y la manera en que debe formularse está contenida en el artículo 25 de la citada Ley, de modo pues que su contenido así como la forma y oportunidad para su formulación, constituyen exigencias expresas e imprescindibles a todo procedimiento de expropiación con fines de Reforma Agraria²⁷.

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ califican este acuerdo como un contrato de fijación de adhesión a la expropiación pues por el convenio se concreta el alcance de la obligación preexistente de soportar el ejercicio de la potestad expropiatoria limitándose a la mera conformidad sobre el precio, eliminando la incertidumbre acerca de su extensión y régimen²⁸.

b” El procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece en el Título III, Capítulo I, “*El Procedimiento Administrativo Previo a las acciones contra la República*”, un mecanismo procedimental cuya finalidad principal es la de precaver la instauración de litigios inútiles en contra de la Nación.

Tradicionalmente, el antejuicio administrativo ha sido visto como una más de las prerrogativas procesales de la República, conforme a la cual, el particular interesado lleva al conocimiento del órgano administrativo contra quien se instaurará la reclamación (Ministerio), y éste a la Procuraduría General de la República, las pretensiones y alegatos sobre los cuales sustentará su demanda. Sin embargo, nada se opone a que

27. A este respecto, ver. Sentencia de la CSJ/SPA de fecha 12-11-81, consultada en R.D.P No. 8, pág: 141.

28. GARCIA DE ENTERRIA, E – FERNANDEZ, T.R. *O.c.*, T. II, p.292.



este mecanismo sea visto como un paso previo cuya finalidad es obtener una decisión en vía administrativa que sirva, de alguna manera, para impedir la potencial instauración de una acción judicial, cuando no existan razones suficientes que la justifiquen.

En este sentido, dispone el artículo 30 y siguientes, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que quienes pretendan instaurar una acción en contra de la República deberán dirigirse previamente y por escrito, al Ministerio al cual corresponda el asunto para exponer concretamente sus pretensiones en el caso; una vez recibido el mencionado escrito y formado el expediente administrativo, el Ministerio respectivo lo remitirá, dentro de un plazo de quince (15) días hábiles siguientes, a la Procuraduría General de la República, quien, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, formulará por escrito su dictamen y lo remitirá al Ministerio respectivo. Una vez recibido el referido dictamen, el Ministerio deberá hacerlo del conocimiento del interesado dentro de los ocho (08) días siguientes a su recepción. Si el Ministerio se apartare del criterio sustentado por la Procuraduría, llevará al conocimiento del interesado la opinión que al efecto sustente.

Respecto al procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, la jurisprudencia tiene establecido que el agotamiento de esta vía administrativa se fundamenta en el principio o “regla de la decisión previa”, según la cual es imprescindible obtener una decisión previa de la Administración, firme en la vía administrativa que pueda obrar como antecedente y objeto de la reclamación judicial posterior²⁹.

De allí se explica la importancia que nuestro derecho positivo confiere al antejuicio administrativo hasta el punto de convertirlo en requisito impretermitible para que pueda ser intentada una reclamación contra la República ante los tribunales competentes. Así pues, el antejuicio administrativo es un requisito *sine qua non* de admisibilidad de dichas acciones, a falta del cual, según el dispositivo del artículo 36 *eiusdem*, no se puede dar curso a la acción respectiva³⁰.

29. Sentencia de la CPCA de fecha 8-02-90, consultada en R.D.P. No. 41, pág: 138.

30. Ahora bien, tratándose de una solicitud administrativa, una vez abierto el respectivo antejuicio administrativo, es evidente que el particular no está en condiciones de realizar por sí mismo las diligencias tendentes a la oportuna tramitación y decisión del asunto planteado. Es por ello que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ante la posibilidad de

No obstante y como ya hemos dicho, si los órganos involucrados en el mismo actúan con la debida objetividad, sin tienen en consideración la mejor defensa de los intereses de la República y el reconocimiento, cuando quepa, de las obligaciones que ésta ha contraído frente a los particulares sin haberlas satisfecho adecuadamente, no cabe duda que el procedimiento administrativo previo pierde la odiosa calificación de privilegio procesal y se torna en un antecedente importante para la recepción definitiva de los medios alternativos de solución de conflictos entre la Administración y los administrados.

4. *Límites en la aplicación de los mecanismos alternativos*

Se ha dicho que la existencia de límites es consustancial a la libertad de contratación, que en ningún caso se considera omnímoda por el derecho³¹. Como antes hemos señalado, el derecho público rechaza de primera mano la sustitución de la decisión unilateral, autoritaria, por decisiones bilaterales, producto de la concertación entre el administrado y la Administración. Como asienta la doctrina más autorizada, el ejercicio negociado del poder público o, dicho de otra forma, el que la Administración realice sus actividades, cumpla sus funciones o ejerza sus potestades mediante la negociación, el consenso y el acuerdo con los particulares destinatarios de las mismas³², es asunto que da lugar a posiciones encontradas que van desde el rechazo más rotundo hasta la plena aceptación.

A. *El interés público*

Las fronteras que no pueden ser traspasadas a los fines de aplicar los medios alternativos, vienen establecidas, en primer término, por un concepto omnipresente en el derecho público, pero tremendamente difícil

retraso o negligencia de la Administración en la sustanciación del citado procedimiento, prevé en su artículo 34 la posibilidad de que vencidos dichos lapsos sin haber obtenido respuesta a su petición, el interesado puede intentar los recursos judiciales correspondientes para la satisfacción de sus pretensiones. **Lo anterior no es más que una consecuencia del llamado “silencio administrativo”, que permite al particular considerar como agotada la vía administrativa, y acudir a la vía de la reclamación judicial.**

31. DELGADO PIQUERAS, F. *O.c.*, p.191.

32. DELGADO PIQUERAS, F. *O.c.*, p.21.



de aprehender, cuál es el interés público. Se dice que allí dónde éste prevalece, en aquellos casos en que éste se impone y debe ser protegido, la Administración carece en forma absoluta de capacidad negocial de tal suerte que los medios alternativos resultan radicalmente inaplicables para sustituir el procedimiento administrativo.

Ahora bien, tal afirmación no sólo es un tanto apresurada, sino extremadamente amplia; tanto, que funciona como un comodín que permite prescindir con odioso facilismo de los análisis que las nuevas realidades sociales y la urgente transformación del derecho administrativo, reclaman.

En primer lugar, nadie desconoce los extraordinarios esfuerzos que ha realizado la doctrina para determinar lo que es el interés público, sin haber llegado aún a una solución verdaderamente satisfactoria³³. Lo que fue el interés público hace cincuenta años, hoy es dominio exclusivo de los particulares y de sus egoístas intereses y, por el contrario, lo que siempre fue actividad propia de los particulares, por razones de *interés público*, ha pasado a ser dominio del Estado.

La conceptualización del interés público, no obstante su trascendental importancia en la teoría general del Derecho Administrativo³⁴, ha sido siempre una tarea difícil y, por ello, cualquier intento de definición debe enfocarse, primero, en la construcción gramatical del concepto.

En sentido afirma ESCOLA que los diccionarios de la lengua española coinciden en vincular la voz interés con el valor o la importancia que tiene una cosa o un bien para una persona o un grupo de personas. Por su parte, la voz público atañe a aquello que es o pertenece al pueblo, a los vecinos, a la comunidad³⁵.

33. Vid. ESCOLA, H. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Depalma, Buenos Aires, 1989..

34. Afirma MERKL que se puede demostrar a la vista de la mayoría de los preceptos administrativos que el derecho administrativos sirve a los intereses públicos y que ni siquiera en el caso de aquellas instituciones administrativas que se presentan como favorecedoras de determinados grupos sociales puede negárseles el carácter de servicio a los intereses públicos, porque corresponde a la esencia del interés público que se identifique con el interés común de un grupo social considerable, pero no con el interés de la totalidad. Vid. MERKL, A. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editora Nacional, México, 1980, p.108.

35. ESCOLA, H. *O.c.*, p.237.

El maestro COUTURE, en su vocabulario jurídico, entiende que interés es tanto como la aspiración legítima de orden moral o patrimonial que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta. Por su lado, lo público, por oposición a lo privado, es todo lo que concierne o interesa al Estado o a la comunidad³⁶.

Así pues, el interés supone la existencia de algo que puede ser una cosa o un bien que es importante para una persona, porque le supone un valor, un provecho, un beneficio, una utilidad, que esa persona aprecia como tal y que por tanto aspira obtener y conservar para sí.

Ese interés pasa a constituirse en público cuando no es privativo de una sola persona sino que se refiere a un número indeterminado de individuos de una colectividad; lo público entonces no atiende a que el interés sea invocado por una persona jurídico-pública; antes bien, es su radicación en la colectividad, en un conjunto de individuos identificados por una aspiración común, en el público, lo que le da tal carácter.

Entonces, cuando en una colectividad determinada convergen los intereses privados y particulares de un grupo de individuos en la identificación de un bien de la vida que les es valioso y que por tanto desean tener y conservar, surge el interés público en algo, el deseo o más bien la necesidad de obtener un provecho común. Ese interés, al constituirse en la expresión volitiva de la mayoría o, al menos, de un grupo muy importante del colectivo social, debe ser atendido y satisfecho por alguien; ordinariamente por quien tiene a su cargo la satisfacción de las necesidades más importantes y primordiales de los administrados: la Administración Pública.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que el interés público es la expresión común de los intereses privados y su importancia nace de la supremacía que lo público tiene sobre lo privado, no por ser distinto sino por ser general³⁷.

En la doctrina francesa la autorizada pluma del profesor VEDEL, alerta sobre la necesidad de no cometer dos errores en la definición del interés

36. COUTURE, E. *Vocabulario Jurídico*. DEPALMA, Buenos Aires, 1976, p.344.

37. Cf.S. CPCA 17.04.80.



público. El primero de ellos referido a la creencia de que el interés público no es más que la suma de los intereses particulares, como la afirma la sentencia de la CPCA antes citada, porque la aviesa o banal pretensión de muchos no podría jamás identificarse con un bien de la vida querido por todos. El segundo error, más sutil, radicaría en pensar que el interés público no tiene nada que ver con los individuos o con los grupos que componen la nación. Para VEDEL, el interés público no es distinto en esencia del interés de las personas o los grupos, él resulta de un arbitraje entre los diversos intereses particulares y tal arbitraje se realiza según dos directivas, una veces será el del grupo más numeroso, otras veces el establecimiento del mismo se hará sobre la base de una valoración cualitativa o y no cuantitativa. En primer término, será la Constitución la que defina el interés público en sus diversas manifestaciones, luego la ley y finalmente la Administración en aquellos casos que no estén reservados al legislador³⁸.

Obviamente, cuando la Constitución, la ley o la Administración determinan que el interés público está presente en determinada situación, no hacen más -al menos así debería ser- que recoger lo que es la voluntad del grupo social de que se trate. Cuando no existe concordancia entre lo que la Constitución, la ley o la Administración entienden por interés público, y la verdadera voluntad del colectivo, entonces la necesidad, el deseo, la aspiración que subyace siempre en el interés público, no es debidamente satisfecha.

En la doctrina latinoamericana la autorizada pluma del profesor GORDILLO rechaza la afirmación de que el interés público es el interés de un conjunto de habitantes tomado como masa. Señala, acertadamente, que el interés público es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes; dice que sólo hay interés público cuando entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del mismo su interés individual; así, el interés público en que cada individuo no pueda encontrar su porción de interés individual es, afirma, una falacia³⁹.

En Venezuela, la jurisprudencia no ha sido muy prolífica en la conceptualización del interés público. Al contrario, normalmente suele invocar

38. **VEDEL, G.** *Derecho Administrativo*. Aguilar, Madrid, 1980, (tr. 6a. Ed. francesa: Juan Rincón Jurado), p.257 y ss.

39. **GORDILLO, A.** *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1963, p.46 y ss.

el interés público como presupuesto de otros conceptos fundamentales del Derecho Administrativo, pero sin decir exactamente qué es.

Por ejemplo, la CSJ en SPA ha dicho, siguiendo a GARRIDO FALLA, que está en juego el **interés público** siempre que la Administración contrata sobre un objeto que le está atribuido como competencia propia por el ordenamiento vigente que le concede simultáneamente poderes de ejecución⁴⁰. O sea, aquí el interés público se vincula con todo aquello que sea competencia de la Administración.

No compartimos esta posición que sin duda hipertrofia el concepto de interés público, al asociarlo a todas las funciones que la ley atribuye a la Administración y además, lo desvincula de su esencia, a saber, la sumatoria de los intereses individuales coincidentes en la querencia de un bien de la vida necesario.

La CPCA, por su parte, ha invocado el **interés público** para negar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en vía jurisdiccional, no tanto porque éste sea el fin de todo acto administrativo, pues de asumir tal criterio no podría suspenderse la ejecución de ningún provemento, sino cuando en el caso concreto, según las circunstancias que dimanen de los autos, tal interés exige la inmediata ejecución del acto⁴¹. Es decir, acertadamente, la CPCA no acoge un concepto abstracto y etéreo del interés público, sino que, con razón, analiza el caso en particular para determinar si la medida cautelar de suspensión podría llegar a lesionar lo que en un momento dado puede ser un bien de la vida querido por una colectividad (*V.gr.* la paz en las relaciones laborales entre trabajadores y patronos).

Fuera de este ámbito, ya en el campo del derecho sustancial, la jurisprudencia se ha referido al interés público que el propio legislador predica con respecto a la regulación que atañe a determinada actividad, como sucede, por ejemplo, en el campo de las telecomunicaciones. En la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad que tiene el Ejecutivo de restringir la publicidad sobre bebidas alcohólicas y cigarrillos a través

40. Cf. S. CSJ/SPA 01.04.86, caso: María Pérez Martínez vs. República, consultada en la RDP, Ed. Jurídica Venezolana, N.26, p.114.

41. Cf. S. CPCA 17.04.80, consultada en la RDP, Ed. Jurídica Venezolana, Nro.2, p.132.



de las estaciones de radiodifusión sonora o audiovisual, la jurisprudencia ha reconocido que por mandato del propio legislador queda reservada al Estado la facultad de orientación y control de las emisoras de radio y televisión, dado el impacto indudable que tienen sobre el público los mensajes transmitidos por ellas, con la finalidad de que cumplan una necesidad de efectivo progreso y de que no atenten contra las leyes, el orden público, la salud de la población y en general contra los **intereses superiores de la colectividad**.

En la decisión que se comenta, aunque la CSJ no dice qué es el interés público, expresa que las necesidades de cada época, la evolución de las costumbres, la defensa de la cultura y de los **intereses superiores de la comunidad** son conceptos variables que corresponde en cada oportunidad al Ejecutivo apreciar en su debida importancia y magnitud para hacer uso de la facultad general de reglamentación de determinada actividad⁴². De allí que el interés público, según lo reconoce la propia jurisprudencia, no es un concepto inmutable, varía según cambien las circunstancias, las costumbres, las realidades sociales, políticas, económicas, históricas, etc., que le han dado origen.

Por eso es que la doctrina ha dicho con extremo acierto que el interés público debe ser actual, o sea, querido por la mayoría de los componentes de la comunidad en el momento en que se manifiesta, quedando así reconocido, porque si se admitiera que el interés público pudiera consistir en algún valor que careciera de actualidad, se abriría el campo para que éste dejara de ser la suma de una mayoría de intereses individuales y se transformara en un querer impuesto por el Estado, por el partido gobernante, por el jerarca, sobre la base de que alguna vez fue querido y debe seguir siéndolo o de que conviene que sea querido en el futuro⁴³.

En conclusión, el interés público es aquel bien valioso, querido y pretendido por cada individuo, trasunto de la influencia social del pasado y del presente con pretensiones de vigencia para el porvenir, trasmutada por ellos mismos en un querer predominante que se identifica con el de toda la comunidad, surge como algo en el que cada componente de la

42. Cf. S. CSJ/SPA 28.10.82, consultada en la RDP, Ed. Jurídica Venezolana, Nro.12, p.135 y ss.

43. ESCOLA, H. O.c. p.247.

sociedad, por retorno, reconoce e identifica su propio querer y su propia valoración positiva⁴⁴.

Como puede verse de todo lo expuesto, nos enfrentamos con un concepto penetrado por circunstancias históricas, socio-políticas, económicas y culturales, que cambian de lugar en lugar y de una época a otra.

Ahora bien, al tratar de conciliar este difícil concepto con la posibilidad de aplicar los medios alternativos, la pregunta obligada es hasta qué punto el interés público resulta satisfecho cuando la Administración no es eficaz, cuando los procedimientos administrativos se retardan indefinidamente y concluyen con decisiones no sólo tardías sino divorciadas de la realidad que darán lugar, con toda seguridad, a un costoso, dilatado e innecesario proceso judicial, cuando la inoperancia del procedimiento administrativo es tal que la fuerza de las circunstancias hace surgir un procedimiento paralelo, impregnado de arbitrariedad, abuso de poder y corrupción. Sin duda alguna, ningún beneficio reporta a la comunidad y a los intereses generales de sus miembros, la ineficacia de la Administración.

En consecuencia, no es suficiente oponer como obstáculo para la utilización de los medios alternativos, la protección del interés público, sin explicar en concreto en qué consiste ese interés público que no resultaría cabalmente satisfecho si no se utiliza el procedimiento administrativo formalizado.

Por tanto, es preciso desechar de plano las argumentaciones que se sustentan, sin mayores explicaciones, en el señalado quebranto al interés público, sin una clara concreción del contenido de este último y de las razones que permiten sostener su inadecuada satisfacción a través de los medios alternativos. No es éste entonces, sin lugar a dudas, el impedimento definitivo o concluyente para excluir la aplicación de los medios alternativos en sustitución, total o parcial, del procedimiento administrativo.

Aunque ello resultaría paradójico para los sostenedores de los viejos paradigmas del derecho administrativo, el interés público puede ser vis-

44. ESCOLA, H. O.c. p. 235 y ss.



to como la causa eficiente de los mecanismos alternativos o módulos convencionales pues, como señala DELGADO PIQUERAS⁴⁵, por imposición de su vocación institucional, cualquier contrato celebrado por la Administración habrá de estar orientado a satisfacer un interés público, pues en definitiva éstos son los únicos que le está permitido perseguir en tanto ésta carece de intereses propios y actúa siempre en interés de la sociedad. En este sentido resulta clara la regulación de la LRJAPyPAC, en cuyo artículo 88 se dispone que las Administraciones públicas pueden celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado.

Lo que sí es cierto es que hace falta una norma de cobertura, que contenga la autorización expresa para que la Administración acuda a los medios alternativos en sustitución o como complemento o preparación de ciertos actos del procedimiento administrativo, pues de allí surgirá la inequívoca convicción en cuanto a que el legislador ha estimado los módulos convencionales de resolución de conflictos como instrumentos idóneos para satisfacer el interés público; admitir lo contrario, es decir, permitir que el procedimiento sea obviado a capricho, abre el campo a la discriminación, a las componendas encubiertas entre el funcionario y el administrado y, en definitiva, a la aplicación personalizada de las normas jurídicas en violación flagrante de los principios de igualdad e imparcialidad.

Una flexibilización del procedimiento administrativo formalizado sin una norma de cobertura engendra una peligrosa patología: la relajación del principio de la legalidad y de todas las garantías que dimanen del mismo.

B. La reserva de control de la legalidad de los actos administrativos al Poder Judicial

A modo de complemento del maleable concepto del interés público, otro escollo importante, y esta vez más difícil de superar, se erige en muralla casi impenetrable para los medios alternativos, en el campo de la resolución negociada de disputas entre la Administración y los administrados.

45. I.D., *O.c.*, pp. 199-200.

En efecto, nuestra Constitución encomienda el control de la legalidad de los actos administrativos a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley (206); de tal manera que, en principio, en nuestro sistema judicialista⁴⁶ existe una reserva en favor del Poder Judicial en cuanto al control de la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones de voluntad de la Administración.

En este sentido, la doctrina extranjera señala que cualquier excepción al principio del control judicial de los actos de la Administración debe ser amparada directamente por la Constitución⁴⁷. Esta conclusión no difiere en mucho de la que, inicialmente, podríamos dar con respecto a nuestro sistema.

Ahora bien, en nuestro país, esta cobertura constitucional podría derivarse del propio artículo 206 cuya lectura cuidadosa revela que el constituyente no atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa, en forma *exclusiva y excluyente*, la competencia para anular los actos administrativos contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas. De todos es sabido, por ejemplo, que los actos administrativos pueden y son anulados por la propia Administración en ejercicio de su potestad de autotutela.

En todo caso, ante una rígida interpretación del sistema judicialista que preconiza el artículo 206, puede aun sostenerse que existe cobertura constitucional para el uso de mecanismos alternativos de solución de disputas tales como el arbitraje en el artículo 68 de la Carta Fundamental, pues cuando dicha norma establece que todos pueden utilizar los *órganos de la administración de justicia* para la defensa de sus derechos e intereses en los términos y condiciones establecidos en la ley, no

46. Ha dicho nuestra jurisprudencia que, tal como se indica en la exposición de motivos de la Constitución, ésta consagra el sistema judicialista de la jurisdicción contencioso administrativa, apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial. Cf. S. CSJ/SPA, 14.12.70, caso: Juan Viera Alves.

47. **DEL SAZ**. "Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva Constitucional", citada por **ROSA MORENO, J.** *El arbitraje administrativo*. Mc. Graw Hill-Universidad de Alicante, Madrid, 1998, pp. 76-77.



enumera cuáles son los órganos que administran justicia y, de hecho, no son únicamente aquellos que están integrados en el poder judicial, como lo revela el carácter jurisdiccional que hoy día la mejor doctrina atribuye a la actividad arbitral⁴⁸.

Ahora bien, es importante aclarar que la aplicación de los módulos convencionales de resolución de conflictos entre la Administración y los administrados, no supone una exclusión en detrimento de las competencias de control judicial de la actividad administrativa encomendadas a la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, cualquiera que sea la fórmula alternativa de resolución de conflictos que sustituya el procedimiento administrativo ordinario de primer o segundo grado, es claro que la misma va a culminar en un acto controlable judicialmente en caso que el mismo violente normas de orden público. En consecuencia, la garantía del control judicial de la actividad administrativa no va ser desconocida en ningún caso.

Lo que sí es importante advertir es que estos mecanismos, el ámbito de su aplicación, su régimen procedimental y los efectos de las decisiones producidas en el seno de los mismos, reclama un texto legal pues así lo exige la Constitución y el respeto pleno al principio de la legalidad.

En este punto es importante destacar como en el ordenamiento español, el cual constituye un ejemplo paradigmático en esta materia, las previsiones contenidas en los artículos 88 y 107.2 de la LRAPyPAC han sido consideradas insuficientes para erigirse por sí solas en excepciones al régimen judicialista de control de los actos administrativos, pues, se ha dicho, es necesaria una ley especial reguladora de cada una de las formas alternativas que sustituya el procedimiento administrativo

C. *La indisponibilidad de las potestades administrativas*

Finalmente, el tercer obstáculo de importancia que se opone al uso de los mecanismos alternativos es el reconocido carácter irrenunciable del ejercicio de las potestades administrativas. Existe coincidencia en la doctrina

48. **CHILLON MEDINA, J.-MERINO MERCHAN, J.** *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. CIVITAS, Madrid, 1991, pp.108 y ss.

en que la Administración no puede convenir sobre el ejercicio de las potestades administrativas, pues estas son, por definición, irrenunciables.

Sin embargo, el acudir a la aplicación de un módulo convencional no entraña la renuncia a una potestad administrativa; antes por el contrario, es el ejercicio de un apoderamiento que da la ley a la Administración para que haga uso de fórmulas negociales que sustituyan, total o parcialmente, o que preparen o apuntalen la decisión administrativa en aquellos casos en que la necesidad de satisfacer el interés público aconseja sustituir el acto unilateral por el acuerdo de voluntades.

Está claro entonces que en ningún caso la aplicación de los mecanismos alternativos puede suponer la renuncia de las potestades administrativas, antes por el contrario, el uso de los mismos derivaría de un apoderamiento otorgado previamente a la administración para que haga uso de tales mecanismos.

Nadie discute que la legalidad de un acto administrativo no puede ser sometida a acuerdo alguno; sin embargo, los hechos que han fundamentado su emanación, o la forma en que el mismo va a ser ejecutado (cláusulas accesorias) sí puede ser objeto de concertación.

En mérito de todo lo expuesto, queda claro que ni siquiera los conceptos más rancios del derecho administrativo pueden servir para descartar *a priori* la aplicación de los medios alternativos, siempre y cuando exista, como ya lo hemos dicho, una norma de cobertura que autorice la utilización de los mismos por parte de la Administración.

II. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FORMAL

Corresponde realizar de seguidas un análisis particularizado, pero muy breve, de dos de los medios alternativos de solución de conflictos que ofrece nuestro sistema jurídico (la transacción y el arbitraje) para determinar si los mismos pueden ser usados en sustitución del procedimiento



administrativo formalizado. Trataremos de determinar si en la regulación legal de estos mecanismos existe una norma de cobertura que habilite a la Administración Pública para someterse a los mismos.

1. *Transacción*

De acuerdo con el artículo 1713 del Código Civil, la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Por su parte, el artículo 1714, *ejusdem*, establece que para transigir se necesita tener capacidad de disponer de las cosas comprometidas en la transacción, es decir, de enajenarlas o gravarlas libremente o de emplearlas o atribuir-las libremente

En el campo de la Administración, y como nos lo recuerda el profesor RUAN SANTOS, la generalidad de los autores coincide en afirmar que el ámbito de aplicación de la transacción a la actividad pública es limitado, porque el poder de disposición de los órganos de ésta sobre las materias regidas por el derecho público es sumamente restringido, en tanto el ejercicio del poder público se encuentra encauzado rigurosamente por el principio de la legalidad y condicionado por el interés público, que constituye la finalidad primordial del ejercicio de ese poder en su diversas manifestaciones.

Esto conduce, según afirma el profesor RUAN SANTOS, a que el instituto de la transacción, así como todos aquellos que presuponen la existencia del poder de disposición en la materia, es por principio inaplicable en el campo de la actividad pública regida por el derecho público⁴⁹.

En el ámbito administrativo no conocemos disposiciones que prevean la transacción como forma de terminación de procedimientos administrativos de primer o segundo grado. Ni siquiera a nivel del proceso contencioso-administrativo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia prevé la terminación anormal del juicio a través de la transacción. La única norma de la que tenemos conocimiento y que sin duda se relacio-

49. **RUAN SANTOS, G.** "Comentarios Sobre la aplicabilidad del instituto de la transacción a la actividad de la administración pública". *Revista de Derecho Público*. EJV, Caracas, 1981, Nro.7, pp.90-91.

na con un ámbito trascendental del ejercicio de potestades públicas, es el artículo 57 del Código Orgánico Tributario.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el señalado artículo 57 del COT, la transacción judicial es admisible, pero sólo en cuando a la determinación de los hechos y nunca en cuanto al significado de la norma aplicable, puesto que las normas tributarias en general son de orden público, en el sentido de que jamás son relajables convencionalmente.

El artículo 57 del COT establece que, obviamente en el caso de tributos nacionales, será requisito *sine qua non* obtener la autorización del Ejecutivo Nacional, por medio del Ministro de Hacienda, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República. Podrá prescindirse de esta última opinión, cuando hayan transcurrido tres (3) meses sin haberse recibido su respuesta. Asimismo, no es necesario el pronunciamiento del Consejo de Ministros, cuando el asunto sometido a transacción no exceda de un mil unidades tributarias (1000 UT). Este límite puede ser aumentado hasta cinco mil unidades tributarias (5000 UT) por el Consejo de Ministros. El documento transaccional debe ser otorgado en nombre de la República por el Procurador General, que es su representante natural de acuerdo con el artículo 202, ordinal 1, de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

La opinión solicitada al Contralor General de la República es obligatoria, mas no vinculante, en el sentido de que siempre debe pedirse, pero no necesariamente debe acatarse. En cambio, la autorización del Consejo de Ministros es imprescindible, en los casos en que sea exigida, de tal suerte que constituye un acto de trámite esencial a la validez del acuerdo transaccional sin cuya existencia el mismo es absolutamente nulo.

En el caso de tributos municipales, la transacción debe ser celebrada por el Alcalde con autorización del Concejo, oída la opinión del Síndico Procurador Municipal, de acuerdo con el artículo 76, ordinal 12 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal⁵⁰.

50. Cf. S. CSJ/SPA, 14.08.89, caso: "Licorerías Unidas, S.A.", consultada en: **ROMERO-MUCI, H.** *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la autonomía local (1936-1996)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p.645.



Ahora bien, no existe una previsión igual aplicable al procedimiento administrativo tributario de primer grado (constitutivo) o de segundo grado (recursivo), por lo cual se afirma en forma generalizada la imposibilidad de alcanzar acuerdos transaccionales en la vía administrativa.

No obstante lo expuesto y aunque no existe concierto en la doctrina sobre la naturaleza de tal acto, no cabe duda que el llamado *allanamiento* al acta fiscal que contemplan los artículos 145 y 149, parágrafo segundo, del COT, constituye una especie de composición de intereses entre la Administración Tributaria y el administrado. Lo cierto es que antes de emitir su decisión definitiva (acto administrativo definitivo), la Administración emplaza al contribuyente para que presente la declaración omitida o rectifique la presentada y pague el impuesto resultante, con actualización monetaria e intereses compensatorios, ofreciéndole a cambio una rebaja de la multa que sólo alcanzará el diez por ciento (10%) de la que originalmente sería impuesta.

La conformidad del contribuyente constituye un acto de adhesión a la propuesta de determinación de la Administración Tributaria que provoca un intercambio de beneficios entre ambos sujetos, cuales son la renuncia de impugnación y la reducción de sanciones⁵¹. En verdad no estamos en presencia de un medio alternativo, pero sí de una muestra evidente de que el legislador puede introducir fórmulas negociadas dentro del derecho tributario formal, que conducen sin duda a evitar procedimientos recursivos o juicios contencioso-tributarios innecesarios.

No vemos por qué razón no podrían establecerse mecanismos similares en el procedimiento administrativo ordinario si existe ya un avance tan importante en una materia como la tributaria, en la cual la presencia del interés público y del ejercicio de potestades irrenunciables, no ofrece dudas.

En otros países y bajo la cobertura de normas expresas, tal y como lo hemos reseñado al comentar la legislación española, existe una tendencia hacia la moderación del principio conforme al cual la transacción es inadmisibles en el procedimiento administrativo. Se busca matizar esta

51. **RAMALLO MASSANET, J.** "La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias". *Covención y arbitraje en el derecho tributario*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.233.

severa prohibición en aras de lograr una Administración más consensuada y menos litigiosa que facilite la resolución de conflictos. Claro está, tales acuerdos no pueden en ningún caso ser contrarios al ordenamiento jurídico, ni pueden versar sobre materias no susceptibles de transacción, ni tener otro objetivo que satisfacer el interés público⁵².

Aun cuando hemos identificado algunos espacios dentro de los cuales podría ser posible la transacción dentro del procedimiento administrativo, pareciera que una norma de cobertura es indispensable, como lo exige a nuestro juicio el debido respeto al principio de la legalidad administrativa.

2. Arbitraje⁵³

El arbitraje es una institución mediante la cual las partes en conflicto pueden pactar que sus diferencias, surgidas en materias de su libre disposición, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales⁵⁴.

El arbitraje tiene carácter voluntario y privado, frente al carácter finalista, determinante y público del proceso. Supone suplantarse a los órganos a

52. **BOTELLA GARCIA-LLASTRA, C.** "La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos". *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp.198-199.

53. Alguna doctrina sostiene que si bien el arbitraje administrativo se inscribe dentro de la problemática más general de la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de los litigios en materia administrativa, no debe confundirse ni con los modos no jurisdiccionales de solución de los litigios, ni con las tentativas de prevención del contencioso, pues se trata, realmente, de un mecanismo *jurisdiccional* de composición de conflictos en el cual se sustituyen las estructuras oficiales de la justicia (**PATRIKIOS, A.** *L'Arbitrage en matière administrative*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., París, 1997, pp.2-3.). Sin embargo, dicen otros autores que la expresión métodos alternativos puede interpretarse de varias maneras y que si lo entendemos como métodos alternos a la decisión del juez, entonces el arbitraje no puede considerarse como mecanismo alternativo porque los árbitros actúan como jueces. Por eso se dice que si se definen estos métodos como alternativos a la decisión del juez estatal, entonces el arbitraje sí puede considerarse como tal. **RICHER, L.** "Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif. *L'Actualité juridique*. AJDA, París, Janvier, 1997, Nro.1, p.3.

54. **CORDON MORENO, F.** *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Aranzadi, Pamplona, 1995, p.25.



los cuales el Estado encomienda la solución de los conflictos intersubjetivos, por unos terceros que sin ser jueces en sentido técnico, vinculan con la solución dada a la controversia pendiente a los comprometidos, quienes previamente se han sometido de mutuo acuerdo al arbitraje⁵⁵.

No todo el derecho puede ser sometido al arbitraje pues hay zonas intangibles para la jurisdicción convencional y este justamente es el punto que nos interesa dilucidar de seguidas, vale decir, si este mecanismo es posible en el ámbito jurídico administrativo.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en el cual el arbitraje ha tenido un desarrollo importante, en el derecho administrativo sólo existen obstáculos para su implantación. La idea de una incompatibilidad sistemática entre el arbitraje y la acción administrativa ha sido desarrollada sobre todo en razón de imperativos de protección al interés público⁵⁶, pero además, la razón de ser de esta resistencia encuentra su fundamento en que el arbitraje presupone como requisito esencial el que la materia sujeta a la decisión de los árbitros sea susceptible de transacción, es decir, pueda ser disponible por las partes en conflicto.

Esta capacidad de disposición no existe, según se dice en forma generalizada, cuando la Administración actúa en el ejercicio de potestades regladas, pues la ley determina todas y cada una de las actuaciones que debe cumplir el órgano para la correcta ejecución de la misma. No sucede lo mismo, en cambio, cuando estamos frente al ejercicio de potestades discrecionales, en el cual la ley concede a la Administración la posibilidad de elegir entre varias alternativas, todas ellas igualmente compatibles con el interés público.

No obstante lo expuesto, esperanzadores cambios ocurren en la legislación comparada en la cual el arbitraje administrativo comienza a ser admitido. Así lo recoge el artículo 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo texto es del siguiente tenor:

55. CHILLON MEDINA, J.-MERINO MERCHAN, J. *O.c.*, pp.35 y 36.

56. PATRIKIOS, A. *O.c.*, p.33.

"Las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique por otros procedimientos de impugnación o reclamación incluidos los de conciliación, mediación y *arbitraje*, ante los órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo (...)" (Destacado y bastardillas nuestras)".

Interpretando esta norma, la doctrina más autorizada ha definido el arbitraje administrativo como *aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una administración pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros*⁵⁷.

La cuestión tiene máximo interés pues hoy en día como nunca antes la crisis de la administración de justicia ha catapultado todas las formas alternativas de solución de conflictos. En nuestro país esta tendencia se ha visto recientemente remarcada con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial⁵⁸.

Esta Ley dispone que se aplicará al arbitraje *comercial*, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente (art.1), señalando que podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir (art.3), exceptuando las siguientes:

- a. Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme.

57. TRAYTER, J.M. "El arbitraje en el derecho administrativo tras la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Nuevas Perspectivas". *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Oñati, 1995, p.33 y ss.

58. G.O. Nro. 36.430 del 07 de abril de 1998.



- b. Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público.
- c. Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas.
- d. Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e. Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firmes.

Como puede apreciarse, la LAC no excluye en forma absoluta de su ámbito de aplicación los contratos, actos, hechos o negocios jurídicos de la Administración; antes bien, permite, aun cuando con importantes limitaciones, que los entes descentralizados funcionalmente como las empresas públicas, sometan sus diferencias con los particulares al arbitraje⁵⁹.

Sin embargo, la asunción del arbitraje en materia administrativa en general, se enfrenta con paradigmas difíciles de cambiar. Y la razón de ser de esta resistencia no es caprichosa pues el arbitraje tiene como presupuesto fundamental, como ya lo hemos dicho, la disponibilidad sobre el objeto litigioso, disponibilidad que no existe en aquellas materias que suponen el ejercicio de potestades administrativas vinculadas al cuidado del orden público.

En nuestro criterio, y como ya lo hemos expresado con anterioridad, todo lo que forma parte de llamada actividad privada o sometida al derecho privado de la Administración, puede ser objeto de arbitraje, porque en este caso impera el principio de la autonomía de la voluntad.

Expresa la doctrina más autorizada que en estos casos el convenio arbitral puede y debe ser el instrumento adecuado para resolver las controversias que se susciten entre el Estado y los particulares y el fundamento hay que buscarlo en que si la competencia jurisdiccional en estos casos

59. **BADELL MADRID, R et all.** *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau, Caracas, 1998, Nro. 1, p.69.

corresponde a la jurisdicción civil ordinaria, no hay razón válida para no rescatar para el arbitraje estas contiendas⁶⁰.

Lo propio ocurre en materia de concesiones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley Nro.138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, cuyo artículo 10 dispone que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podrán convenir en que las dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución del contrato de concesión se decidan por un tribunal arbitral cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados por las partes.

Sin embargo, existen serias objeciones a la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial en este caso dada la naturaleza no *comercial* de la concesión administrativa; por tanto, sería el propio contrato de concesión el que debería establecer no sólo la cláusula compromisoria, sino el régimen procedimental del arbitraje en estos supuestos, lo que no excluye, como es lógico, la aplicación supletoria de las disposiciones de la LAC o del CPC, según lo que disponga el contrato⁶¹.

Ahora bien, creemos que es necesaria una habilitación legal expresa para que el arbitraje sirva como mecanismo alternativo de resolución de disputas entre la Administración y los administrados en aquellos casos que hemos identificado como susceptibles de negociación, que aun cuando forman parte de la actividad administrativa regida por normas de derecho público admiten que la resolución unilateral sea sustituida, preparada o influenciada por fórmulas consensuales.

Así sucede en otros ordenamientos jurídicos en los cuales se afirma que en derecho público el arbitraje no es posible sino sobre la base de un texto legislativo⁶². Como se sabe, la Administración no goza de una genérica autonomía de voluntad; antes por el contrario, sólo puede hacer aquello que la ley le autoriza en virtud del rígido principio de la legalidad.

60. CHILLON MEDINA, J.-MERINO MERCHAN, J. *O.c.*, p.176.

61. *Vid.* BADELL MADRID, R. *et all.* *O.c.*, pp. 72-73.

62. RICHER, L. *O.c.*, p.5.



Por tanto, parece que sólo la ley puede abrir campo a la capacidad negociadora de la Administración en ciertos supuestos, como lo ha reseñado reiteradamente la jurisprudencia del Conseil d'Etat⁶³. En fecha no muy lejana el Consejo de Estado francés ha dicho categóricamente que las "...las personas morales de derecho público no pueden sustraerse a las reglas que determinan la competencia de las jurisdicciones nacionales, sometiendo a la decisión de un árbitro la solución de litigios en los que ellas son parte"⁶⁴.

Ahora bien, muy autorizada doctrina ha dicho que el papel excluyente de la justicia ordinaria como única competente para dirimir cuestiones en que el Estado es parte, ha dejado de tener exclusividad y relevancia y por eso los tribunales arbitrales serán la única respuesta frente a esa evolución⁶⁵.

En conclusión, la admisión del arbitraje en el ámbito administrativo es una tendencia irreversible, siendo cada vez más los casos susceptibles de ser sometidos a la justicia privada. Sin embargo y en cuanto concierne a nuestro ordenamiento jurídico, no creemos que las disposiciones de la LAC sirvan de fundamento para que la Administración someta sus diferencias con los administrados al arbitraje. De momento, el arbitraje queda recluido en nuestro ordenamiento jurídico a los ámbitos de la actividad privada de la Administración, de la contratación administrativa y, tal vez, de la materia tributaria cuando en el caso concreto fuere posible la transacción, según lo que hemos anotado anteriormente.

Para que el arbitraje pueda extenderse a otros ámbitos y se constituya en mecanismo alternativo de solución de conflictos entre los administrados y la Administración, nos parece indispensable una norma legal expresa que no sólo establezca esta posibilidad sino que, con el mayor grado de precisión posible, identifique los supuestos que pueden caer en manos de la justicia privada, el procedimiento a seguir y las consecuencias o efectos que las decisiones (*rectius*: laudos) producidas tendrán entre las partes y frente a terceros.

63. Cf. Ss. CE, 23.12.1887, Evêque de Moulins; 13.12.57, Societé national de vente des surplus, 8.3.61, Societé Air-Couzinnet Transocéanic, 11.7.86, Ville de Beausoleil.

64. CE, dictamen del 6.3.86, caso EuroDisneyland.

65. CAMILA NAVARRINE, S. - ASOREY, R. *Arbitraje. Jurisdicción arbitral en controversias con el Estado. Proceso arbitral en cuestiones tributarias*. La Ley, Buenos Aires



BIBLIOGRAFIA

BADELL MADRID, R.

Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau, Caracas, 1998.

BOTELLA GARCIA-LLASTRA, C.

“La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos”. *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario. Marcial Pons, Madrid, 1996.*

CAMILA NAVARRINE, S. - ASOREY, R.

Arbitraje. Jurisdicción arbitral en controversias con el Estado. Proceso arbitral en cuestiones tributarias. La Ley, Buenos Aires, 1992.

CHILLON MEDINA, J.-MERINO MERCHAN, J.

Tratado de arbitraje privado interno e internacional. CIVITAS, Madrid, 1991.

CHINCHILLA, C.-LOZANO, B.-DEL SAZ, S.

Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. (tres Estudios). Civitas, Madrid, 1992.

CORDON MORENO, F.

El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internaciona.. Aranzadi, Pamplona, 1995.

COUTURE, E.

Vocabulario Jurídico. DEPALMA, Buenos Aires, 1976.

DELGADO PIQUERAS, F.

La terminación convencional del procedimiento administrativo. Aranzadi, Pamplona, 1995.

DEL SAZ.

“Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva Constitucional”, citada por ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*. Mc. Graw Hill-Universidad de Alicante, Madrid, 1998.

ESCOLA, H.

El interés público como fundamento del derecho administrativo. Depalma, Buenos Aires, 1989.

GARCIA DE ENTERRIA, E – FERNANDEZ, T.R.

Curso de Derecho Administrativo. Civitas, Madrid, 1995.

GIANNINI, M.S.

Derecho Administrativo. MAP, Madrid, 1991.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S.

El Derecho Administrativo Privado. Montecorvo, Madrid, 1996.

GORDILLO, A.

Estudios de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1963.

HAURIOU.

Obra escogida. IEA, Madrid, 1975.

MALARET I GARCIA.

"Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento". *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*. Bosch, Barcelona, 1994.

MERKL, A.

Teoría General del Derecho Administrativo. Editora Nacional, México, 1980.

MOSCHETTI, F.

"Las posibilidades de acuerdo entre la Administración Financiera y el contribuyente en el ordenamiento italiano". *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Marcial Pons, Madrid, 1996.



PATRIKIOS, A.

L'Arbitrage en matière administrative. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., París, 1997.

PEREZ LUCIANI, G.

"Funciones del estado y actividades de la Administración". *Revista de Derecho Público*. EJV, Caracas, 1983, Nro.13.

RAMALLO MASSANET, J.

"La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias". *Convención y arbitraje en el derecho tributario*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

RICHER, L.

"Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif". *L'Actualité juridique*. AJDA, París, Janvier, 1997.

RONDON DE SANZO, H.

Teoría General de la Actividad Administrativa. Editorial Jurídica Venezolana-UCV, Caracas, 1981.

RUAN SANTOS, G.

"Comentarios Sobre la aplicabilidad del instituto de la transacción a la actividad de la administración pública". *Revista de Derecho Público*. EJV, Caracas, 1981, Nro.7.

El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas. FUNEDA, Caracas, 1998.

SANCHEZ MORON, M.,

et alii. La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. IVAP, Pamplona, 1995.

SEER, R.

"Contratos, transacciones y otros acuerdos en derecho tributario alemán". *Convención y arbitraje en el derecho tributario*. Marcial Pons, 1996.

SOSA GOMEZ, C.

“Los contratos entre personas jurídicas-públicas. Base conceptual. Naturaleza jurídica de los actos inter-órganos de la Administración. Algunos ejemplos de relaciones inter-órganos”. *Régimen jurídico de los contratos administrativos*. Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991.

VEDEL, G.

Derecho Administrativo. Aguilar, Madrid, 1980, (tr. 6a. Ed. francesa: Juan Rincón Jurado).

WEIL, P.

Derecho Administrativo. Civitas, Madrid, 1984.

**EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LOS
ACTOS TÁCITOS O PRESUNTOS**

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz



EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LOS ACTOS TÁCITOS O PRESUNTOS (*)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo
Subsecretario de Administraciones Públicas

CONTENIDO: I. Introducción. II. Las novedades de la reforma de la Ley 30/1992. III. Breve referencia a la situación de otros países. IV. Conclusión. Nuevas tendencias en torno al silencio.

I. INTRODUCCIÓN.

El ejercicio de los poderes y potestades de la Administración Pública ha de rodearse de unos límites cada vez más precisos que posibilite su control por parte de los Tribunales de Justicia, límites que, según la expresión de IHERING, son el fruto de la “lucha por el Derecho”, realizada por numerosas generaciones de juristas. En estrecha conexión con el principio de legalidad han de situarse los principios de eficacia administrativa y de seguridad jurídica.

En este contexto no ha de olvidarse que el silencio administrativo surge al compás de la propia jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la técnica del silencio administrativo se va a configurar como uno de los mecanismos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa precisamente para evitar que la Administración pudiera eludir el control jurisdiccional con sólo permanecer inactiva: En estos casos, el particular afectado por la inactividad de la administración quedaba inerte ante ella, privado de toda garantía judicial.

A esta inicial perspectiva garantizadora, se ha unido en la actualidad, la necesidad de instrumentar una administración diligente y eficaz que cumpla en el tiempo adecuado las necesidades de sus ciudadanos.

(*) El autor agradece a Pedro Ibáñez Buil, funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado su valiosa colaboración para la realización de este trabajo.

Como resalta ORTEGA, las Administraciones constituyen las gestoras de una parte muy importante de la riqueza producida por la sociedad, por lo que no puede existir un desfase entre las necesidades de la gente, de los ciudadanos, y las prácticas y principios de actuación de los aparatos burocráticos. Por ello, sin menoscabar los mecanismos de control dictados sobre la base de las garantías de los ciudadanos, debe darse cada vez mayor importancia a la modernización de las formas de funcionamiento, en términos de programación de objetivos cuantificados y del establecimiento de contenidos estandarizados en los servicios de prestación para permitir el control global en el marco de los principios de eficacia y eficiencia, tanto por parte de las propias Administraciones Públicas, para poder programar adecuadamente de nuevo, como de los colectivos cuyo bienestar depende del buen funcionamiento de los servicios públicos.

La Administración no puede actuar ineficientemente; esta imposibilidad, derivada directamente del artículo 103 CE, entronca con el carácter servicial de las Administraciones Públicas y con la concepción instrumental de y para los ciudadanos, titulares últimos del poder en un Estado democrático.

Es precisamente el ámbito de la inactividad administrativa uno de los mayores obstáculos para lograr la plena efectividad de numerosos derechos constitucionales y libertades públicas, ya que en el modelo social de Estado de Derecho se espera que la organización administrativa realice un buen número de actuaciones jurídicas y prestaciones materiales destinadas a realizar los valores políticos, económicos, sociales y culturales que se desprenden del sistema constitucional.

Así, puede afirmarse sin ninguna duda, la naturaleza dinámica de las Administraciones Públicas, ya que la legitimación del Estado Social descansa en la eficacia de su acción y en la consecución de sus objetivos, lo cual depende sustancialmente del desarrollo y eficacia de la actividad administrativa.

Ahora bien, estas reflexiones no deben hacernos olvidar que, en la práctica, el silencio administrativo viene a ser una patología del procedimiento. Esta es evidente si se considera que este procedimiento, más allá de su aspecto de proceso necesario para la formación de la voluntad



del poder público, se configura como el cauce de relación ordinario entre la Administración y los ciudadanos, relación que se ve muy dificultada, cuando no cortada de raíz, cuando nos encontramos ante supuestos de inactividad formal de la Administración Pública.

De ahí la lógica preocupación del legislador por asegurar que exista una resolución administrativa, intentando, por varias razones, reforzar la obligación de resolver que pesa sobre la Administración para:

- Incrementar las garantías para el particular, puesto que puede así constatar las razones que ha llevado a la Administración a actuar de una determinada manera.
- Dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones del particular con la propia Administración y con terceros.
- Demostrar un buen funcionamiento en la actividad formalizada de las Administraciones.
- Como consecuencia de la anterior, contribuir a mejorar la imagen o percepción social que los ciudadanos tienen de la Administración.

Ahora bien, en la práctica son muchas las ocasiones, a pesar de las explícitas declaraciones legales en sentido contrario, en las cuales la Administración no responde y guarda silencio. Esta falta de respuesta de la Administración es la que determina la aplicación de la técnica del silencio administrativo, instaurada en Francia por vez primera por una Ley del 17 de julio de 1900. Pasado un cierto plazo sin que la Administración se pronuncie expresamente, la Ley presume que la pretensión del particular ha sido denegada, lo cual permite a éste promover contra esta denegación presunta los correspondientes recursos jurisdiccionales. Sobre este modelo, la técnica del silencio negativo se introduce en España por los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal Republicana de 1935 y, más tarde, por la Ley de 18 de marzo de 1944, a propósito del recurso de agravios (en materia de personal). Esta regulación parcial y limitada no se generaliza hasta la promulgación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que estableció en su artículo 39 un régimen general y uniforme para

todos los ámbitos administrativos, régimen luego retocado levemente por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Dicha regulación, en la que el silencio positivo quedaba limitado a casos de control preventivo o a posteriori de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra administración superior, era en síntesis, y para el silencio negativo, la siguiente:

Formulada una petición ante la Administración, si ésta no notificaba su resolución al interesado en el plazo de tres meses, podía su autor denunciar la mora -el retraso- y, transcurridos otros tres meses desde la denuncia sin recibir respuesta alguna, podía considerar desestimada la petición “al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso, administrativo o jurisdiccional según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición”. En caso de recurso administrativo la Ley otorgaba “igual facultad de opción” al interesado que lo hubiere interpuesto, sin necesidad en este caso de denunciar la mora. En ambos supuestos, no obstante, la Ley subrayaba que la denegación presunta no excluía del deber de la Administración de dictar una resolución expresa sobre la petición o recurso formulados.

Posteriormente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, introduce una nueva regulación del silencio administrativo, ampliando significativamente la extensión del silencio positivo al fijar unos supuestos de directa aplicación -si bien permitiendo establecer, por vía reglamentaria, excepciones a la regla general de silencio positivo- al mismo tiempo que reforzando la obligación de resolver respecto a la regulación anterior al extenderla a los procedimientos iniciados de oficio. La LRJPAC introduce como novedad la denominada certificación de acto presunto que no sólo sirve para acreditar la producción del silencio, sino que además constituye un requisito para su eficacia, por lo que se ha llegado a señalar que vendría a sustituir la denuncia de la mora prevista por la legislación anterior.

Se establece además un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho en relación a los denominados actos presuntos para reforzar la posición del



ciudadano afectado por la inactividad (art. 62.1.f), al que luego me referiré más detenidamente. La LRJPAC establece finalmente una serie de reglas cuya concreción se realiza a través de un complejo proceso de adecuación de procedimientos, previsto en la propia normativa e impulsado para la Administración del Estado a través de un Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de enero de 1993. Esta legislación ha sido objeto de una severa crítica por una gran parte de la doctrina, la cual no fue tomada en cuenta durante su elaboración. Así, las principales críticas han recaído por una parte en el grado de complejidad que introduce la nueva normativa, y por la otra en la gran fragmentación y dispersión producida por los reglamentos de adecuación a la vigente Ley 30/1992.

Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/92 que altera sustancialmente esta regulación y al cual me gustaría referirme con cierto detalle, entre otras cosas, porque me ha correspondido el honor de dirigir el equipo ministerial que ha elevado al Congreso de los Diputados, la Reforma que paso a comentar.

II. LAS NOVEDADES DE LA REFORMA DE LA LEY 30/1992.

El proyecto recupera la tradicional denominación de silencio administrativo, eliminando el juego de palabras utilizado por la Ley 30/1992 - “efectos de la falta de resolución expresa en plazo”-.

Con la reforma, el silencio opera automáticamente, dependiendo únicamente del transcurso del tiempo de la inactividad de la Administración, sin imponer cargos al particular. En consecuencia, se suprime la certificación de acto presunto cuya virtualidad como requisito de eficacia de los actos administrativos había sido cuestionada ya por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Así el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de octubre de 1996 ha declarado que “la falta de petición específica de la certificación de acto presunto, cuando la Administración ha conocido que no había resuelto una determinada reclamación ante ella presentada, carece de entidad suficiente para determinar el cierre del proceso mediante la aceptación de la causa de inadmisibilidad” (consistente esta última en la falta de eficacia del acto impugnado por no haberse expedido la oportuna certificación). Se

convierte la certificación por mora de esta jurisprudencia, en un requisito preprocesal, puramente formal, cuya ausencia carece de virtualidad para declarar la inadmisibilidad del recurso por ausencia de eficacia del acto presunto correspondiente. El proyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992 pretende sancionar definitivamente esta doctrina jurisprudencial, de forma que los efectos de la inactividad de la Administración se producen por el mero transcurso del plazo sin que se haya resuelto y notificado al solicitante la resolución expresa, dejando abierta la posibilidad de acreditar su existencia por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Esta modificación se conecta con la regulación que propone la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual, al introducir el nuevo recurso por inactividad (artículo 29) y en la regulación del plazo de interposición de los recursos omite toda referencia a la exigencia de certificación.

En efecto, como señaló el Consejo de Estado, en su dictamen al entonces Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el régimen previsto se aparta sutilmente del sistema de silencio administrativo tradicional prescindiendo del mismo para los casos de inactividad material y limitándose a exigir con carácter previo la reclamación que lo es, *strictu sensu*, una vía previa a la Administración ya que el objeto del pleito contencioso será la inactividad de la Administración y no la desestimación presunta de una solicitud inicial. Esta previsión se completa con unas mayores garantías de la ejecución de sentencias contenidas en el artículo 108 de la Ley.

Por otra parte, el proyecto recupera la clásica naturaleza de cada tipo de silencio administrativo. El silencio positivo equivale a una verdadero acto de modo que, una vez producido, sólo cabe dictar una resolución confirmatoria del acto, en tanto que el silencio negativo se configura como una ficción legal, cuyos únicos efectos de contraen a permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Por ello, para este segundo supuesto, subsiste la obligación de resolver por parte de la Administración, que deberá hacerlo sin vinculación alguna al efecto desestimatorio del silencio. Si la Administración resuelve después de producido el silencio negativo dando la razón la particular, evitará la provocación de un pleito o pondrá fin al ya comenzado, ya que el particular habrá obtenido la satisfacción extraprocésal de su pretensión.



Además, y como ya hemos tenido ocasión de mencionar, se mantiene la regla general del silencio positivo, pero se eleva el rango de la norma necesaria para establecer regímenes de silencio negativo para procedimientos concretos, exigiéndose norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo. La previsión del artículo 43.1.c) vigente, según la cual normas de carácter reglamentario pueden establecer el sentido desestimatorio de las solicitudes, resulta inapropiada, ya que no es posible, en rectos principios, admitir que sea la propia Administración la que administre los efectos que ha de producir el incumplimiento de su deber de resolver expresamente, como señala SAINZ DE ROBLES. GARCÍA DE ENTERRÍA advierte, por otra parte, sobre el carácter amplio de la previsión de este artículo, que choca con la eufórica proclamación hecha en la exposición de motivos de la Ley en favor del silencio positivo. El resultado es que por vía reglamentaria se ha desvirtuado la regla general. En 1992, con la Ley de procedimiento Administrativo de 1958, un 90,1% de los procedimientos tenían efectos desestimatorios. En 1996, y con la Ley 30/1992, que estableció la regla general del silencio positivo, a través de las normas reglamentarias se logró que un 77,5% de los procedimientos mantengan el silencio negativo, mientras que sólo el 22,5% de los procedimientos siguen la “regla general” del silencio positivo.

Se establece, por tanto, la regla general del sentido estimatorio de las solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley establezca lo contrario, eliminando las menciones a las licencias y autorizaciones de los apartados a) y b) del artículo 43.2. El apartado b) relativo a las “solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes” había sido especialmente criticado por diversos autores (GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, PAREJO o GARCÍA TREVIJANO) dadas las dificultades en su interpretación.

El proyecto realiza una decidida apuesta por la generalización del silencio administrativo; se trata de una apuesta plenamente consciente con el objetivo de conseguir una Administración más tecnificada, moderna, eficaz y receptiva que sabe dar respuestas a las demandas de los ciudadanos.

En realidad la regla del silencio positivo también responde a la intención de presentar de una determinada manera a la Administración frente a los ciudadanos que con ella se relacionan.

Es cierto que el silencio administrativo se consolida en nuestro país como una técnica o mecanismo de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, y por ello, unido al carácter revisor de esta jurisdicción, triunfa la solución del silencio negativo. Existía otra alternativa: considerar el silencio como técnica simplificadora y como acicate para que la Administración cumpliera su obligación de resolver, y en este segundo caso se habría impuesto el silencio positivo.

No podemos olvidar que a partir de los años cincuenta surgen importantes autores que trataron en España de establecer un Estado de Derecho dentro de un régimen autoritario a través del Derecho Administrativo. Esto se tradujo principalmente en el control del poder, en el control jurisdiccional de la actividad administrativa; y el silencio negativo, sin duda, lleva a ese objetivo. Esto se une al intento de elevar a axioma incontestable el principio de legalidad, y ambas influencias garantizan la tranquila existencia de la regla general del silencio administrativo negativo.

Sin embargo, los tiempos actuales son otros, ahora esperamos algo más de nuestro Derecho Administrativo, principalmente porque nuestro Estado de Derecho se encuentra consolidado, y el avance de los Estados contemporáneos nos lleva a preocuparnos por otras cuestiones, una vez superados los déficit democráticos y de aplicación del principio de legalidad, como son la eficacia, la eficiencia y el servicio a los ciudadanos por parte de las diferentes Administraciones, lo que en el ámbito de su actividad formalizada se concreta en cumplir la obligación de resolver en plazo porque no hay mayor garantía que ésta para los ciudadanos y para el tráfico jurídico.

Es verdad que como señala AGUADO, han existido importantes antecedentes de silencio positivo en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo: el Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Trabajo (aprobado por Decreto de 2 de abril de 1954); el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de julio de 1955); el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; la Ley 19/1975, de 2 de mayo, del suelo y el Texto Refundido de 9 de abril de 1976; o el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, entre otros supuestos. Ahora bien, estas normas tendían a incluir cautelas del siguiente tenor (tomado de la Ley del Suelo).



“En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta ley, de los Planes, de los Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento”.

Esta coletilla, típica de la normativa anterior, desaparece de forma muy expresiva ya en la Ley 30/1992 surgiendo para compensarla una nueva causa de nulidad de pleno derecho (la letra “F” del art. 62.1), relativa a los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico -hasta aquí sería la típica anulabilidad- por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Es un importante avance con respecto a la situación preexistente. El Proyecto no afecta a estas previsiones, probablemente porque se ha estimado que aún es pronto para ir más allá.

La cláusula de salvaguardia a que nos veníamos refiriendo suponía la plasmación normativa del principio de legalidad llevado a sus últimas consecuencias: la inexistencia del acto presunto contrario al ordenamiento jurídico. Y, junto a ello, el desconocimiento más absoluto del principio de seguridad jurídica. En efecto, el ciudadano habría de valorar si, una vez transcurrido el plazo -y ante el silencio de la Administración-, había devenido titular o no del derecho, y ello mediante su confrontación con el ordenamiento jurídico. Su desamparo era absoluto, porque ¿cómo impugnar un silencio positivo? Si era contrario a la norma, y por ende el silencio positivo daba como resultado un acto ilegal, aquél se convertía en negativo o, lo que es pero, no existía nada ¿qué hacer? ¿cómo obtener una resolución impugnabile?

Desde el otro lado, la Administración, en cualquier momento, podía desconocer la existencia de acto alguno. No quedaba en absoluto vinculada por su desidia y negligencia. Esto producía además otro efecto indeseable: el control posterior por parte de la Administración era innecesario porque no existía acto alguno. Es decir, ni tan siquiera resultaba preciso proceder a su revisión de oficio, simplemente no existía.

De esta forma, un acto expreso favorable contrario al ordenamiento jurídico era eficaz y, en su caso, debía ser revisado por los medios y pro-

cedimientos regulados. Sin embargo un acto presunto, no. La Administración incumplía todas sus obligaciones formales y además salía beneficiada, con una posición sólida e inatacable.

Obviamente, esta situación resulta insostenible hoy en día. La Administración, en su caso, deberá realizar el control posterior si ha abandonado el control previo. La posición del particular queda así reforzada, exigiéndose la revisión del acto presunto que le favorece por los medios y procedimientos regulados en la Ley.

La tensión entre un exacerbado principio de legalidad y un moderado principio de seguridad jurídica debe resolverse en favor de éste último, máxime cuando el principio de legalidad sigue operando y desplegando sus efectos a través de la revisión de oficio de los actos administrativos.

Por tanto, la apuesta por el silencio positivo es seria y consciente, no es un “brindis al sol” como ocurría en la normativa anterior a la Ley 30/1992. El silencio positivo es dinamizador de la actividad administrativa y coadyuva convenientemente a que la Administración cumpla con la obligación de resolver. Resulta, además, una técnica simplificadora evitando a su vez la provocación de pleitos innecesarios. En este sentido, no podemos olvidar como antecedente próximo del Proyecto, las previsiones del Plan de Liberalización y Reactivación Económica, aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de febrero de 1997, en el que se propone expresamente la “generalización del silencio positivo”.

Constituye, en definitiva, un mecanismo sencillo, máxime si nos encontramos ante un silencio automático, sin imposición de cargas a los particulares que les obliguen a recordar a la Administración algo que ésta ya conoce perfectamente: su propio incumplimiento.

Esta regulación se complementa con la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación. Se expresa así con mayor rotundidad esta obligación administrativa sustituyendo a la redacción vigente, en los casos de los procedimientos iniciados de oficio, al dato de que “la instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado”.



Esta obligación, por otra parte, no se exceptiona para los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad o desaparición sobrevenida del objeto, tal y como está previsto en el segundo párrafo del vigente artículo 42.1, sino que, se exige un pronunciamiento específico de la Administración que declare esta circunstancia, ya que su existencia puede ser una cuestión controvertida. En cualquier caso, se exige siempre un pronunciamiento expreso de la Administración tal y como ha sugerido la Ponencia de Estudios del Consejo de Estado, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. Sólo quedan exceptuados, por tanto, del deber de dictar resolución expresa, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

Para cada resolución la Administración dispone de un plazo en el que deberá dictarse y notificarse. A diferencia de la regulación vigente, se incluye la notificación dentro del plazo fijado por las normas, con lo cual gana en seguridad jurídica el ciudadano. No obstante, y con el fin de evitar que el ciudadano intente obtener fraudulentamente un silencio estimatorio de su solicitud, el proyecto introduce un apartado 4 en el artículo 58 que señala que “a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos será suficiente la notificación defectuosa o el intento de notificación debidamente acreditado”.

Este plazo será el que fije la norma reguladora del correspondiente procedimiento, que no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o venga así previsto en la normativa comunitaria europea. Se elimina así la equívoca mención al “plazo que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso” del artículo 42.2, de la que se afirma que el principio de seguridad jurídica impide entender que se refiere a la suma de plazos parciales que se hayan establecido en la norma. Por otro lado, se introduce un importante factor de simplificación de la regulación de plazos existente, dispersa en una multiplicidad de normas de adecuación.

El plazo se inicia de acuerdo con las reglas que establece el nuevo artículo 42.3. En los procedimientos iniciados de oficio, y en coherencia con la

naturaleza de estos procedimientos, el cómputo del plazo comenzará desde la fecha del acuerdo de iniciación por el órgano administrativo.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, se introduce un mayor grado de concreción. La redacción vigente del artículo 48 de la Ley 30/1992, que prevé que la fecha de inicio del cómputo del plazo para resolver sea “el día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente”, es imprecisa. No dice si el órgano competente lo es el que lo sea para tramitar el procedimiento o para resolverlo, no se define con claridad qué registros pueden considerarse como suyos e impide al interesado llevar a cabo un cómputo exacto del plazo máximo de resolución. Con el fin, por tanto, de mejorar la seguridad jurídica, se matiza adecuadamente el artículo 42.3.b) señalando que el plazo se contará en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado “desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”. Más precisamente, y respecto del ámbito de los procedimientos competencia de la Administración General del Estado, la disposición adicional cuarta añade que se entiende por registro del órgano competente para la tramitación de una solicitud, cualquiera de los registros del Ministerio competente para iniciar la tramitación de la misma.

Otra de las novedades del proyecto de reforma de la Ley es la regulación de la suspensión del plazo para resolver. En este sentido, la Ley, acogiendo el moderno derecho comunitario, establece unas causas tasadas de suspensión que permitan a la Administración resolver en plazo cuando se dan circunstancias particulares: requerimiento a los interesados para subsanar deficiencias, pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, intervención preceptiva y determinante, vía informe de otras Administraciones Públicas, pruebas técnicas, o iniciación de negociaciones para terminar convencionalmente el procedimiento. Se trata, en definitiva, de regular el tiempo en el procedimiento acorde con las circunstancias del mismo, de forma que no se produzca el transcurso del plazo para resolver, por circunstancias ajenas al órgano competente para resolver el procedimiento.

En coherencia con este régimen de garantías, el Proyecto establece la obligación -antes simple posibilidad prevista en el artículo 43.5 de la



Ley- de que las Administraciones Públicas publiquen y mantengan actualizadas las relaciones de los procedimientos con indicación de los plazos máximos de duración y de los efectos que produzca el silencio administrativo.

Una medida adicional prevista en el proyecto y que sin duda va a contribuir mucho a mejorar la seguridad jurídica de los interesados en un procedimiento administrativo es la introducción de la obligación que pesa sobre la Administración de informar a los interesados del plazo máximo normativamente establecido y en especial sobre los efectos del silencio administrativo en ese procedimiento concreto.

Una medida similar a esta fase incluía en el Real Decreto Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, el cual faculta a los particulares para solicitar de la Administración con efectos informativos, un acuse de recibo en el que la lógica de constar la fecha de presentación de la petición de licencia o autorización, así como el régimen administrativo aplicable. A este respecto, las garantías del interesado se refuerzan en el proyecto, al establecerse la comunicación no sólo como un derecho del interesado sino como una obligación de la Administración.

III. BREVE REFERENCIA A LA EXPERIENCIA DE OTROS PAÍSES.

En este punto, me gustaría hacer una aproximación necesariamente breve a la situación en algunos países europeos, como Italia y Portugal con modificaciones relativamente recientes en sus legislaciones sobre esta materia; Francia, por ser la cuna del silencio administrativo y el modelo a seguir durante mucho tiempo y Alemania con su depurado sistema de control de la actividad.

El Código de Procedimiento Administrativo Portugués de 1991, interpreta con carácter general de modo negativo (desestimación tácita) la ausencia de resolución dentro del plazo establecido, que a falta de disposición expresa se fija en noventa días con carácter supletorio. Esta desestimación, como es natural, no puede tener otro sentido que el de

abrir las correspondientes vías impugnatorias confiriendo al interesado la facultad de acceder al correspondiente recurso. Lo único que hace falta es que la norma -y así lo hace-, a partir de un determinado momento, otorgue el debido efecto a esta situación real permitiendo el acceso a las vías impugnatorias. Es, pues, idéntica técnica a nuestro silencio administrativo negativo, con una formulación más clara y despojada de trámites como la denuncia de la mora y la petición de certificación de acto presunto, y, por consiguiente, menos gravosa para los interesados.

La estimación tácita se limita a supuestos específicos relacionados con los actos administrativos necesitados de aprobación y a la actividad de control del ejercicio de los derechos de los particulares a través de autorizaciones.

En Italia no existe una regulación general del procedimiento administrativo al modo de otros países europeos y americanos; no obstante puede decirse que, en general, el ordenamiento italiano considera la estimación por silencio como una situación claramente excepcional relativa a supuestos de fiscalización de la actividad privada a través de técnicas de autorización, licencia o habilitación. La regulación se completa con la posibilidad de que la Administración pueda anular el acto de conformidad ilegítimamente producido, salvo subsanación de los vicios por el particular con la imposición a los solicitantes de la obligación de declarar que se cumplen los supuestos y requisitos exigidos por la Ley.

En Francia, la pasividad de la Administración se equipara a una negación a los efectos de permitir el acceso al recurso; acceso que queda abierto indefinidamente; en coherencia con esta construcción el silencio positivo es meramente marginal, sólo posible en determinados supuestos no previstos expresamente por la norma.

En el Derecho alemán la inactividad de la Administración, así como la negativa a dictar el acto que se le solicita, recibe directamente un tratamiento de carácter judicial a través de la demanda de imposición o de condena a dictar un acto. En el primero de los casos mencionados, cuando un particular se dirija a la Administración y no obtenga respuesta en un plazo razonable, al menos tres meses, siempre que no concorra ninguna circunstancia especial que justifique uno más breve, se podrá acu-



dir al Tribunal contencioso ejercitando esta acción. La demanda ha de basarse en que la omisión, además de ser ilegal, lesiona los derechos del actor. La sentencia estimatoria se resuelve en la condena a la Administración para que dicte el acto que fue solicitado.

IV. CONCLUSIÓN. NUEVAS TENDENCIAS EN TORNO AL SILENCIO.

Las tendencias en materia de simplificación y desregulación parecen ir más allá de los descritos hasta el momento. Como ejemplo, puede verse la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas 90/246/CEE, de 28 de mayo de 1990, -relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros (DOCE 141, de 2 de junio de 1990). En este texto, relativo sobre todo al marco del mercado interior comunitario y en particular a la situación de las pequeñas y medianas empresas, se avanza en la materia de la simplificación sin descuidar las garantías jurídicas, avanzando más que hacia una desregulación hacia una mejor regulación.

Por lo que se refiere al tema del silencio interesa destacar especialmente el punto 4.d) que literalmente dice: “sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la Administración trascurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud”.

Me gustaría subrayar el cambio en la conceptualización del silencio administrativo que subyace en esta Recomendación; en efecto, tradicionalmente el silencio administrativo ha sido visto como una patología del procedimiento, mientras que aquí merece la consideración de forma normal de terminación del procedimiento; por eso la recomendación se refiere a la sustitución de la resolución obligatoria evolucionando hacia una concepción plenamente aplicable a lo que podríamos denominar derechos sometidos al deber de comunicación previa a la Administración, en los que la Administración dispone de una especie de veto que ha de ejercitar en un plazo determinado y si no lo hace se produce la consolidación de ese derecho sometido al deber de comunicación previa. Es clara, en fin, la

operatividad de esta concepción para someter a los ciudadanos y empresas a las menores cargas administrativas posibles.

Además de ésta, existen otras medidas que pueden contribuir a mejorar la eficacia de nuestras Administraciones Públicas y que se ubican en cuestiones como una mejor información al ciudadano en torno a los procedimientos administrados realizando manuales y guías de procedimientos, la utilización de modelos normalizados de solicitudes que junto con la utilización generalizada de las nuevas tecnologías permita la tramitación ágil y rápida de un mayor número de expedientes administrativos, el fomento de la participación más activa de los interesados en la gestión de los procedimientos y la utilización de fórmulas consensuales de terminación, en una enumeración que no pretende ser exhaustiva.

Asimismo, es muy importante poner los medios para que las situaciones de inactividad formal de las Administraciones Públicas ocurran con la menor frecuencia posible. Con independencia de las cuestiones que he ido planteando a lo largo de esta exposición, es también conveniente reflexionar sobre la necesidad de dotar adecuadamente a las unidades administrativas así como velar por la formación, la moralización y la dignificación de las personas al servicio de las Administraciones Públicas como objetivos prioritarios para conseguir la modernización de las Administraciones Públicas.

**EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO
GARANTIA DE LOS ADMINISTRADOS Y
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
TACITOS O PRESUNTOS**

Armando Rodríguez García



EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA DE LOS ADMINISTRADOS Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TÁCITOS O PRESUNTOS

Armando Rodríguez García

I. INTRODUCCIÓN.

La exteriorización de la voluntad de los sujetos de derecho constituye un factor esencial para la configuración de la base conceptual y determinación de los actos jurídicos, al igual que de las relaciones jurídicas, así como para la determinación de las consecuencias o efectos que derivan de unos y otras.

Por esa razón, resulta imprescindible conocer con un adecuado nivel de precisión, el contenido real de la voluntad de los sujetos, al momento de realizar cualquier ejercicio jurídico teórico o práctico, pues es a partir de tal conocimiento que podemos identificar la naturaleza, alcance y demás características de la decisión, y con ello aproximarnos a la elaboración de un diagnóstico mínimamente confiable en cuanto a su contraste con los parámetros normativos, jurisprudenciales o doctrinarios que nos sirvan de referencia para la correspondiente evaluación.

De esta forma, lo usual es que el orden normativo reconozca de manera general, las modalidades naturales de expresión de la voluntad humana y las “juridifique”, incorporando su valor para el mundo del Derecho. En otras oportunidades se categorizan modalidades específicas de expresión de la voluntad, provocando las formulas sacramentales que adquieren entonces la relevancia que el orden jurídico les asigna, y que llegan a determinar la validez de los actos en múltiples y diversas ocasiones.

Es a partir del elemento voluntad y su expresión, que se monta buena parte de la Teoría General del Negocio Jurídico, y desde luego, es también el punto de partida para la determinación de los vicios en la voluntad como figura aplicable a las nulidades y excepciones en cuanto a los

efectos de los actos y las relaciones jurídicas, tanto entre particulares, como en los casos en que participan actores insertados en la esfera del sector público.

Y al aparecer en la escena la figura del decisor público, lo hace con toda la carga jurídica que comporta la formación del Derecho Público, y en especial el proceso constructivo del Derecho Administrativo, que acumula progresivamente experiencias, planteamientos teóricos o filosóficos, conceptos e instituciones desarrollados en el campo del Derecho Privado, al igual que construcciones jurisprudenciales. Innovadoras y creativas, como en el mejor momento de las formulaciones pretorianas ofrecidas en el proceso vital de formación del Derecho Romano.

En el espacio científico y normativo que genera el Derecho Administrativo juega papel preponderante el elemento formal, como referencia que permite soportar con mayor grado de confiabilidad y objetividad los principios de legalidad y seguridad jurídica, al ofrecer un esquema confiable para el ejercicio de la actividad de control sobre las decisiones que producen los órganos administrativos, y en consecuencia, el ejercicio cierto de las garantías que protegen la esfera jurídica de los administrados y la correlativa prevalencia de la legalidad, como dogma vertebral en la esencia de esta rama del Derecho, que por lo demás se topa constantemente con los cambios sociales mas insignificantes, pues su contenido sustantivo está dado, precisamente, por el hacer cotidiano de la Sociedad.

Como una de las manifestaciones más trascendentes del formalismo propio del Derecho Administrativo aparece la procedimentalización de prácticamente todas las actuaciones jurídicas, e incluso materiales, que realizan los órganos administrativos.

Y en buena medida, el procedimiento administrativo viene a ser, simplificada, la formulación objetiva y estandarizada del proceso psicológico de construcción y exteriorización de la voluntad, que realiza el ser humano para la toma de cualquier decisión.

Esta circunstancia explica la importancia creciente que elementos como la motivación de los actos administrativos y algunas formalidades tales como la notificación de los mismos tienen en relación a su validez y eficacia.



A partir de este punto es fácil comprender la trascendencia que el tema del silencio administrativo (entendido éste de manera sencilla como la falta de pronunciamiento expreso de los órganos competentes de la Administración Pública, en la oportunidad y dentro del conjunto de circunstancias en las cuales le corresponde tomar una determinada decisión) tiene a los efectos de la plena vigencia del Principio de Legalidad, de la adecuada garantía de los derechos e intereses de los administrados, y por supuesto, de la eficacia y eficiencia del aparato administrativo en su conjunto.

Por esa misma trascendencia, se trata de una cuestión inscrita en el ámbito de la normativa legal, es decir de una materia que corresponde precisar a la Ley, en cuanto a la configuración misma de los supuestos de silencio administrativo, y lo que es más importante, desde el punto de vista práctico, lo relativo a los efectos jurídicos que produce la solución que en definitiva se adopte.

A estas cuestiones y a las formulas que sobre las mismas presenta nuestro ordenamiento positivo, así como las perspectivas de incorporación de técnicas provistas por otras realidades normativas, se dedican los comentarios siguientes.

II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA DE LOS ADMINISTRADOS.

Cualquiera sea la valoración concreta que de manera general o en forma específica y puntual asigne el ordenamiento positivo a los supuestos de silencio administrativo, se presenta como una constante el objetivo de servir como garantía a los derechos e intereses de los administrados que identifica al régimen relativo a la materia.

En efecto, el tratamiento del tema parte de la situación de indefensión en que se encuentra el administrado que presenta un planteamiento ante la Administración, mientras ésta no tome decisión alguna sobre la cuestión planteada.

La situación se hace más aguda en contra de los intereses del solicitante, en atención al principio de agotamiento de la vía administrativa para poder

acudir a la revisión en sede jurisdiccional, es decir, la necesidad de que el acto administrativo cause estado, como requisito procesal para abrir el proceso contencioso administrativo que permita revisar la legalidad del acto.

Es por ello que ante una situación de no pronunciamiento del decisor público (silencio), una vez cumplido el plazo que la norma otorga al órgano administrativo para decidir - hecho éste que objetivamente no significa más que silencio o ausencia de decisión -, la norma legal provoca o crea una determinada consecuencia jurídica, que permite una salida en favor de la situación de desventaja en que se encuentra el administrado, y la consecuente fragilidad que la situación descrita acarrea para el orden jurídico en general.

Por supuesto, estamos considerando el escenario en el cual existe una respuesta normativa a la hipótesis de silencio administrativo, y no los casos en que no aparece esa respuesta.

En líneas generales, las soluciones provistas por el derecho positivo se ubican en la asignación de efectos positivos o negativos al silencio de la administración, entendiéndose, en el primer supuesto, que la administración ha aceptado favorablemente lo solicitado, y en el segundo, que lo ha rechazado, con lo cual, el interesado podrá actuar contra la decisión tácita, mediante la interposición de los recursos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para la defensa de sus derechos e intereses.

III. ASPECTOS PRINCIPALES DEL RÉGIMEN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

En nuestro caso, el régimen general vigente, consagra el principio del silencio negativo, conforme a la disposición contenida en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

La fórmula consagrada en esa disposición legal, no releva a los órganos de la Administración Pública de la obligación de tramitar y decidir oportunamente, que en nuestro medio tiene además, rango constitucional (art. 67), y alcanza por igual a todas las entidades y funcionarios públicos.

Para el espectro de la Administración Pública, ese mismo cuerpo legal se encarga de ratificar la obligación correlativa al derecho de petición,



disponiendo al mismo tiempo, el surgimiento de responsabilidad personal del funcionario, por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento (art. 3), y en particular, por la reiterada negligencia en tramitar y decidir oportunamente los asuntos y recursos, "...que dé lugar a que éstos se consideren resueltos negativamente...: (art. 4).

De esta forma, pues, queda claro que la opción por asumir legalmente el efecto negativo del silencio tiene el carácter de protección o salvaguarda de la situación jurídica del administrado, pero no sustituye la obligación de decisión expresa por parte de la Administración.

Además, la fórmula indicada, que opera como referencia general uniforme en cualquier supuesto de situación o relación jurídico-administrativa, es aplicable a la resolución de cualquier asunto o recurso, partiendo de la consideración de que la falta de decisión expresa oportuna, opera como decisión denegatoria de lo que ha debido ser decidido mediante la producción de un acto administrativo.

Los términos textuales de la norma en referencia no dejan lugar a dudas, cuando dispone: "...se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario..."

El antecedente inmediato de esta solución normativa se encuentra en la previsión contenida en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (G.O. Extraordinaria # 1.893 del 10 de julio de 1.976), que en su primer párrafo dispone:

“ El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de ésta Ley, dentro del término de seis meses establecidos en ésta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.”

El recurso al cual hace mención la norma parcialmente transcrita es el recurso contencioso de anulación contra actos de efectos particulares, y

el supuesto que la norma regula se reduce a la situación de un recurso interpuesto en vía administrativa, pendiente de decisión.

Es el caso al cual aludimos con anterioridad, en el cual se cierra el acceso al control jurisdiccional sobre la actividad administrativa, por la falta de pronunciamiento oportuno de la propia Administración susceptible de ser impugnada, que mediante el silencio impide la producción de la cualidad de acto firme por el agotamiento formal de la vía administrativa, y su consecuente calificación procesal para acceder a la instancia jurisdiccional.

Este supuesto, a diferencia del que posteriormente diseña la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resulta más limitado en su espectro, pues solo abarca, como se ha indicado antes, a la hipótesis de un acto administrativo ya dictado, que está siendo objeto de revisión en sede administrativa.

Por otra parte, la norma de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si bien regula un presupuesto práctico de silencio administrativo, no se pronuncia sobre el valor del silencio en sí mismo, limitándose a abrir, por vía normativa legal y mediante la consagración de una excepción al principio general, el acceso a la sede jurisdiccional de control de la legalidad, sin que se hubiere agotado de manera formal y expresa la instancia administrativa.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de manera diferente, califica el efecto del silencio, al señalar que en su presencia, se entenderá que la Administración “ha resuelto negativamente”.

Es ésta resolución negativa, ésta decisión denegatoria presunto, lo que permite al administrado interponer el recurso que proceda, partiendo de la ficción legal de decisión denegatoria, sustitutiva del pronunciamiento expreso, es decir, producida como consecuencia o efecto del silencio, cuya ocurrencia se determinará, obviamente, mediante el cómputo del transcurso del tiempo sin que se produzca la decisión expresa de la Administración.

Esta es la regla general que, tal como se ha mencionado, opera como un mecanismo de garantía efectiva en favor de la situación jurídica del



interesado, al liberarlo de la inactividad a la que lo podría confinar la falta de pronunciamiento oportuno del decisor público.

No obstante, nuestro ordenamiento jurídico positivo registra situaciones de excepción al principio general indicado, que se concretan en previsiones legales expresas cuyo contenido postula una solución diferente, tal como sucede en el caso de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (G.O. # 3.238 Extraordinario de fecha 11 de agosto de 1.983).

En los artículos 54 y 55 de ésta Ley, se regulan supuestos que consagran el efecto positivo del silencio administrativo, en lo atinente al otorgamiento de autorizaciones nacionales, regionales y locales, para la realización de actividades que impliquen ocupación del territorio, por parte de particulares.

La fórmula adoptada por los dispositivos legales mencionados se centra en establecer que, una vez transcurrido el lapso acordado por la propia norma para decidir acerca de la solicitud presentada por el interesado, sin que opere una decisión expresa, otorgando o negando el permiso, "...se considerarán concedidos...", y además, el órgano competente respectivo, está obligado a otorgar la correspondiente constancia del permiso.

Existe, pues, en éste caso, una evidente excepción al principio general que dos años antes había fijado en nuestro ordenamiento positivo la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, consistente en el establecimiento del efecto negativo del silencio administrativo, que lo convierte en un acto presunto denegatorio, que abre la posibilidad de control mediante la interposición del recurso que proceda, de acuerdo a las circunstancias concretas.

Respecto de ésta excepción consagrada en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio se ha planteado una ampliación interpretativa equivocada, en nuestro criterio, en el campo de la ordenación urbanística, y con motivo de la puesta en vigencia de la Ley Orgánica que regula la materia, al pretender ampliar el efecto del silencio positivo a los supuestos contemplados en ésta.

La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (G.O. # 33.868 del 16 de diciembre de 1.987), que además de ser orgánica es ley especial en ma-

teria urbanística, y desde luego norma posterior a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, cambió el esquema de control administrativo en los procedimientos para edificaciones urbanas.

La transformación fundamental, en este sentido consistió en eliminar el control previo para edificar. De este modo desaparece la figura del acto administrativo autorizatorio (permiso o licencia) para edificar, quedando solo al interesado la carga administrativa de presentar el proyecto de la obra a realizar, acompañado de los demás recaudos exigidos, para iniciar la construcción válidamente.

Siendo así, hemos sostenido la improcedencia lógica y jurídica de aplicar supletoria o analógicamente la disposición consagratoria del silencio positivo, ante aludida, porque se trata de supuestos distintos, ya que en este segundo caso no existe la figura del acto administrativo, y en consecuencia no puede operar el silencio.

Pero adicionalmente, en caso de operar un supuesto de silencio administrativo, debía aplicarse el principio general de la LOPA, y no la excepción de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, por la previsión contenida en el artículo 119 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, que en su proyecto original sí contemplaba la figura del silencio positivo, pero que fué desecheda como solución en el proceso de discusión de la Ley.

**OS PODERES ADMINISTRATIVOS E AS
RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS**

Adilson Abreu Dallari



OS PODERES ADMINISTRATIVOS E AS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Adilson Abreu Dallari

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC/SP

1. INTRODUÇÃO

É perfeitamente aceitável a conceituação do direito administrativo como sendo o segmento do direito que cuida da disciplina da estrutura e funcionamento da Administração Pública, especialmente do relacionamento desta com os administrados.

Isso, entretanto, é insuficiente para que se possa conhecer o próprio conteúdo de um determinado direito administrativo, do direito administrativo de determinada pessoa jurídica de capacidade política, pois a disciplina efetivamente estabelecida em cada ordenamento pode ser extremamente variável.

Conforme ensina ALLAN-RANDOLPH BREWER-CARIAS, o conteúdo do direito administrativo depende do caráter democrático ou autoritário, liberal ou intervencionista etc. da Administração Pública que estiver sendo por ele disciplinada, a qual, por sua vez, é condicionada pelo tipo de Estado ao qual pertence, não existindo, portanto, um direito administrativo universal:

“... el derecho administrativo y sus instituciones no deben estudiarse desde una perspectiva puramente formal, como si existiese un derecho administrativo universal, aplicado y aplicable por igual en todos los países y en todos los tiempos, sino que, al contrario, la ausencia de una perspectiva realista y pragmática relativa a los fines del Estado y a sus métodos políticos, con frecuencia distorsionan enormemente su verdadera perspectiva”.¹

Por essa razão, o presente estudo, mesmo recorrendo subsidiariamente a ensinamentos da doutrina estrangeira, está centrado na observação da

1. Allan R. Brewer-Carias, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, p. 11

evolução do direito administrativo brasileiro, que acompanhou as variações da concepção do Estado brasileiro ao longo do tempo.

O objetivo almejado é fornecer pontos fundamentais para uma análise comparativa dos diversos direitos administrativos de outros sistemas jurídicos.

2. CONCEPÇÃO AUTORITÁRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A leitura de obras doutrinárias produzidas no passado remoto revelam um conteúdo e uma postura interpretativa bastante autoritária; o direito administrativo centrava-se na idéia de poder, de prerrogativas, de privilégios disponíveis pela Administração Pública em sua luta contra os abusos eventualmente perpetrados pelos particulares.

Mesmo num passado recente, autores da maior respeitabilidade, mestres dos mestres de hoje, ainda se prendiam a essa concepção autoritária do direito administrativo, como é o caso do pranteado HELY LOPES MEIRELLES, que, em seu consagradíssimo “Direito Administrativo Brasileiro” dedicava uma parte aos então genericamente chamados “poderes administrativos”, estudando cada uma de suas espécies:

“Os poderes administrativos se apresentam sob modalidades diversas, segundo o modo e forma de sua atuação e os objetivos a que se dirigem. Dentro desse esquema, podem ser classificados, segundo a liberdade de utilização, em poder vinculado e discricionário; segundo o seu fundamento ordinatório da administração, em poder hierárquico e disciplinar; segundo a sua finalidade normativa, em poder regulamentar; segundo o seu objetivo de proteção ao indivíduo e à comunidade, em poder de polícia”.²

No desenvolvimento do estudo de cada um desses “poderes” eram apontadas suas correspondentes limitações, que, entretanto, não lhes retiravam o caráter original, ensejando, na prática, abusos por parte das autoridades públicas e parcimônia ou timidez em seu controle pelo Poder Judiciário.

2. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, RT, 2ª. ed. 1966, p. 62.



Diga-se, a bem da verdade, que tais características não eram exclusivas do direito administrativo brasileiro. No passado, essa postura era bastante generalizada, estando presente também na melhor doutrina estrangeira, conforme se pode observar nesta passagem de FRITZ FLEINER, transcrita apenas com propósito exemplificativo:

“Hay que tener un cuenta, sin embargo, que el Estado obra como soberanía y autoridad, no sólo en el ejercicio de su poder de mando y coactivo (poder fiscal, poder gubernativo, autoridad militar, etc.) sino también en los casos en que, en virtud de disposiciones legales, presta al ciudadano servicios de protección y previsión (jurisdicción voluntaria, tutela, asistencia benéfica y protección pública en general, etcétera).

Así, la actuación soberana presenta como características esenciales su unilateralidad y el mayor crédito de que gozan sus actos jurídicos, además de la circunstancia de que para su ejecución dispone, como ultima ratio, del poder coactivo del Estado”.³

No Brasil, o longo do tempo, a doutrina se esforçou para, de diversas maneiras, com meios e fundamentos diferentes, conter os poderes administrativos, ou, melhor dizendo, para tentar evitar sua alegação como pretexto para os mais diversos abusos cometidos pelas autoridades administrativas.

Entre os diversos autores que se lançaram a essa empreitada, merece especial destaque a figura de CIRNE LIMA, criador do conceito de “relação de administração”, de especial importância para a compreensão das relações de direito administrativo, especialmente quando comparadas com as relações jurídicas travadas no campo próprio do direito civil:

“ À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”.⁴

3. Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933, p. 43

4. Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, RT, 5ª ed., 1982, p. 51 e 52.

Note-se a radical mudança de rumo: relações jurídicas sempre até então estudadas a partir da idéia de “poder”, passam a ser examinadas em função de um “dever” a cumprir, de uma finalidade que deve ser atingida. Essa finalidade sempre será alguma coisa previamente qualificada pela lei como sendo de interesse público.

3. EVOLUÇÃO NO SENTIDO DO EQUILÍBRIO

O estudo da história do direito administrativo é o exame do caminho percorrido desde uma concepção centrada no poder até o ponto de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios e instrumentos de sua contenção, mas, sempre, tendo como norte a satisfação do interesse público.

Essa necessária composição ou conciliação foi muito bem exposta nesta preciosa síntese feita por RIVERO:

“Les règles de droit administratif se caractérisent par rapport à celles du droit privé, soit en ce qu’elles confèrent à l’administration des prérogatives sans équivalent dans les relations privées, soit en ce qu’elles imposent à sa liberté d’action des sujétions plus strictes que celles auxquelles sont soumis les particuliers entre eux”.⁵

Nesse texto, o direito administrativo ainda aparece como um direito excepcional, quando comparado ao direito comum, o direito civil. O foco está centrado na Administração Pública, que dispõe de prerrogativas excepcionais (que lhe são inerentes, indispensáveis), as quais são compensadas por sujeições também excepcionais, tolhendo sua liberdade de atuação.

GARCIA DE ENTERRIA aponta como característica tipificadora das relações de direito administrativo exatamente esse equilíbrio entre privilégios da Administração Pública e garantias dos administrados. Em seu “Curso de Derecho Administrativo”, depois de discorrer sobre aos poderes ou privilégios, faz a seguinte ponderação:

5. Jean Rivero, *Droit Administratif*, Précis Dalloz, 4^{a.}, 1970, p. 35.



“Esta sumaria descripción de privilegios no debe, sin embargo, inducir a equívocos en relación al carácter del Derecho Administrativo. Junto a los privilegios en más mencionados hay también privilegios en menos (Rivero). La administración es, en ocasiones, menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la Ley y atenerse a sus resultados. No puede tampoco formar libremente su voluntad. La Ley la obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final. Esta decisión, si es favorable para terceros, si declara derechos, no puede ya ser modificada por la Administración que la ha adoptado, que queda vinculada a ella en términos muy estrictos.

Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo a la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad de la Administración debe ser indemnizada), otras de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos contra los actos de la Administración, control jurisdiccional de éstos).

El derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías”.⁶

O que de mais importante merece ser destacado nessa passagem supra transcrita é exatamente o caráter de garantia atribuído às sujeições especiais referidas por RIVERO. Estas não são simples empecilhos ou obstáculos à liberdade de atuação da Administração Pública, mas, sim, decorrências de garantias constitucionalmente conferidas aos administrados.

6. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1986, p. 43.

Não é a lei (o direito administrativo) que limita a ação da Administração Pública; é o próprio legislador ordinário que não pode ultrapassar a esfera de direitos invioláveis dos cidadãos, garantidos pela Constituição.

Um largo passo adiante é dado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao enunciar os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo, que seriam a “supremacia do interesse público sobre o privado” e a “indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos”. Depois de apontar as emanções (os privilégios, prerrogativas ou poderes) decorrentes do primeiro termo do binômio, aponta a razão de ser de sua existência:

“Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima acotação. Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seis direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio.

Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos — e não da pessoa exercente do poder —, as prerrogativas da



Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.⁷

Na mesma linha de pensamento de CIRNE LIMA, o arguto CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO coloca os poderes como instrumentos do dever de satisfazer os interesses públicos. A Administração Pública desfruta de privilégios e prerrogativas apenas e tão somente na exata medida de sua necessidade para a realização concreta do interesse público. O “poder” não é algo imanente à Administração Pública, mas, sim, apenas um instrumento de sua atuação, a ser utilizado apenas e tão somente quando e na medida do estritamente necessário.

Ocorre, entretanto, que o deve ser entendido como sendo de interesse público depende de valores consagrados na Constituição e condicionantes da atuação dos legisladores ordinários. É a Constituição que, ao definir as características do Estado, estabelecendo seus objetivos fundamentais, já define também os traços fundamentais dos instrumentos, meios e modos de atuação de seu ramo executivo, especialmente no relacionamento com os cidadãos.

BREWER-CARIAS mostra que o delineamento constitucional de um Estado Social e Democrático de Direito reflete necessária e diretamente sobre o correspondente direito administrativo:

“Pero no sólo se exige un proceso de democratización política, económica y social para que el Estado Democrático y Social de Derecho adquiriera real significación, sino que, inclusive, el mismo derecho a cual ha de someterse el Estado, ha sido objeto de un proceso de democratización y debe serlo con mayor fuerza en el futuro. El derecho administrativo, en esta forma, adquiere por tanto una nueva perspectiva: se trata de una rama del derecho

7. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 8ª ed., 1996, p. 29-30.

*público cuyo objeto es la regulación de la organización, funcionamiento y actividad de un Estado cuyo papel está muy lejos de corresponder a una abstención y, al contrario, es esencialmente interventor y conformador de la vida económica y social. El contenido del derecho administrativo, por tanto, varía totalmente ante esta perspectiva, y adquiere en este sentido su verdadera caracterización: es un instrumento de la acción política del Estado, pero un instrumento que regula y limita su actuación, al proteger y garantizar los derechos de los particulares, especialmente los de orden social. Estos, como consecuencia de la protección, tienen la posibilidad de controlar la sumisión al derecho de las actuaciones de la Administración, en lo que está la esencia jurídica del Estado de Derecho. Pero inclusive, en este campo estrictamente jurídico, está planteada la necesidad de que se produzca un proceso de democratización del propio derecho o del ejercicio de los controles jurisdiccionales de la acción del Estado, pues en la realidad y sobre todo en los países latinoamericanos, muchos los ignoran, muy pocos los ejercen, y en los pocos casos en que se producen, la efectividad de los mismos es relativa, debido a la lentitud de los procesos. Los recursos jurisdiccionales, por otra parte, a pesar de su relativa efectividad, todavía siguen siendo ejercidos por minorías generalmente de carácter económico. Por ello, frente al reto de la consolidación de un Estado Democrático y Social de Derecho, en el esquema formal del Estado de Bienestar de Derecho debe incorporarse un proceso de democratización del control judicial de la Administración, de manera que la sumisión de ella a la legalidad sea efectiva y pueda exigirse su responsabilidad por todas las actuaciones que lesionen ilegítimamente los derechos económicos y sociales”.*⁸

8. Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, p. 54 e 55.

O mesmo consagrado autor analisa as emanações concretas da caracterização do estado de direito democrático e social em estudo sobre “El proceso de Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia”, publicado em “Derecho Administrativo”, obra coleiva em homenagem a Miguel S. Marienhoff, coordenada por Juan Carlos Cassagne (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 157).



A parte final da transcrição supra revela uma particularidade deveras importante dos Estados mais avançados em termos democráticos: o aumento das possibilidades de controle judicial da Administração Pública ou, melhor dizendo um aumento das possibilidades de controle social da Administração Pública por meio do Poder Judiciário, na medida em que os poderes administrativos deixam de ser considerados como prerrogativas imanentes e passam a ser tomados como poderes jurídicos, isto é, sujeitos a limites e controles, suscetíveis de gerar responsabilidades.

No Brasil, por força da Constituição promulgada em 1988, que define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, os princípios e as normas que regem a organização e funcionamento da Administração Pública ascenderam ao nível constitucional. Pela primeira vez a Constituição Federal consagra um capítulo à Administração Pública, capítulo esse que é aberto pelo art. 37, cujo “caput” tem o seguinte teor:

“Art. 37 - A administração pública direta, indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”. (seguem-se incisos e parágrafos definidores do perfil da Administração Pública, dando-lhe, efetivamente, uma feição democrática e, também, participativa).

Existem, ainda, em outras passagens do texto constitucional, preceitos que afirmam exatamente a participação popular direta na condução da coisa pública e um rol de direitos individuais e coletivos, além de normas de nítido caráter social, como, por exemplo, a que estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Tais preceitos não meras afirmações retóricas, mas, sim, normas jurídicas, dotadas de positividade e, especialmente, de atributividade, conforme salienta LUIZ ROBERTO BARROSO:

“Por longo tempo sustentou-se que as declarações de direitos incorporadas às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico”.

“A referência histórica é meramente ilustrativa. Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.⁹

Obviamente, tendo o dever de realizar concretamente os mandamentos de conteúdo democrático, participativo ou social, o Estado deve aparelhar a Administração Pública para isso, dando a ela mesma tais características.

Recentemente, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, popularmente conhecida como emenda da reforma administrativa, procurou-se transformar o modelo da Administração Pública, com a adoção do chamado modelo gerencial, em função do qual os agentes administrativos deveriam ser dotados de maior liberdade de atuação, pelo abrandamento dos controles de procedimentos administrativos, supostamente compensado pelo correspondente fortalecimento dos controles de resultados. Existe um risco enorme de que isso venha representar um retrocesso, reforçando um autoritarismo ainda muito presente na Administração Pública brasileira, profundamente marcada por ancestrais concepções patrimonialistas e verdadeiramente feudais. Tal alteração constitucional, todavia, é demasiadamente recente, não comportando um exame de seus efeitos.

4. TENDÊNCIAS ATUAIS

No momento atual, à luz da evolução até agora experimentada, é possível identificar algumas tendências, parte das quais já estão sendo concretizadas.

9. Luiz Roberto Barroso, *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Renovar, 1990, p. 96 e 97.



Em primeiro lugar cabe referir a orientação no sentido de não se admitir, apenas, a mera legalidade formal; a simples submissão do ato praticado à hipótese contida no mandamento legal. Agora, exige-se mais que isso: é preciso verificar a legitimidade do ato praticado; sua pertinência, sua conformidade, com a finalidade legalmente prevista como justificadora da prática do ato em exame, conforme o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

*“Segue-se que a legitimidade da conduta do administrador não se decide em abstrato, mas resulta do confronto com o caso concreto, posto que não se trata de aferir a legitimidade da regra de direito, mas de uma atuação que se contém na intersecção da regra de direito com o evento real, perante cuja ocorrência a norma postula suprimento da finalidade que veio proteger”.*¹⁰

Aliás, o mero enunciado abstrato da norma é insuficiente para a perfeita e completa compreensão de seu conteúdo, pois, como se sabe, o texto legal comporta uma pluralidade de interpretações. A melhor interpretação será aquela que, diante do caso concreto, se revelar a mais apta à realização do objetivo almejado pela lei.

Essa postura interpretativa já tem respaldo na jurisprudência:

*“A norma geral pode ser entendida, é claro, pelo sentido abstrato das palavras por ela utilizadas. Trata-se, porém, de mero entendimento prévio. Esse entendimento não exaure o âmbito da incidência normativa, pois ele só se consuma perante os fatos concretos da vida”.*¹¹

Registre-se, com satisfação, que o Poder Judiciário pouco a pouco vai abandonando as velhas e arraigadas concepções autoritárias, conforme demonstra Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa é a seguinte:

10. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Funções do Tribunal de Contas*, RDP n° 72, out./dez. 1984, p. 148.

11. Voto do Juiz Newton De Lucca no MS n° 94.03.093099-3-SP - TRF 3ª Região, publicado no Boletim AASP - n° 2043 - p. 473.

“Ato administrativo - Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída - Interesses contrapostos - Anulação - Contraditório. Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”. (Recurso extraordinário nº 158.543-RS)

O sentido dessa decisão fica melhor identificado com a transcrição de um segmento do voto do Eminentíssimo Ministro relator, MARCO AURÉLIO:

“A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma por ele alcançado”.

Isso significa uma severa restrição ao poder de auto-tutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública. Não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal da legitimidade dessa mudança de entendimento, arcando a Administração Pública com o ônus da prova. A ausência ou inconsistência da motivação acarreta a nulidade do ato de tutela.

Outra tendência, bastante questionada pela doutrina, é a da admissão da arbitragem como forma de composição de conflitos na esfera do direito administrativo.

A Lei nº 8.987, de 13/02/95, que dispõe sobre o regime jurídico das concessões de serviços públicos, em seu art. 23, XV, estabelece que nos contratos celebrados deverá, sempre, haver alguma estipulação quanto “ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Já tivemos oportunidade de publicar trabalho em defesa do cabimento da arbitragem no âmbito das relações de direito administrativo, espe-



cialmente quando a controvérsia se travar a respeito de questões de ordem técnica (avaliação de quantitativos, índices de reajuste, custos de produção, atendimento material de requisitos contratuais, etc.), no qual dissemos o seguinte:

“A adoção da arbitragem como forma amigável de solução de divergências na execução de contratos administrativos não se choca com a regra, constitucionalmente, estabelecida, no sentido de que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário.

Universalidade e independência do Poder Judiciário, quando no exercício de atividade jurisdicional, são princípios fundamentais do estado democrático de direito.

O respeito a esses princípios determinou a inafastabilidade do controle jurisdicional mesmo nas arbitragens de conflitos entre particulares, ainda que as partes tenham expressamente convencionado a irrecorribilidade ao Poder Judiciário.

Com efeito, os artigos 1.046 do Código Civil e 1.101 do Código de Processo Civil, deixam permanentemente aberto o caminho ao Poder Judiciário, sempre, para qualquer das partes, caso tenha alguma nulidade do processo de arbitragem.

Como muito maior razão não se poderá vedar o ingresso ao Poder Judiciário em caso de nulidade ocorrida no processo de arbitragem para a solução de controvérsia na execução de qualquer contrato administrativo.

O compromisso das partes é sempre no sentido de acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro após regular tramitação do feito. A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomadas de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

Além disso, cabe destacar que o compromisso arbitral vincula apenas as partes contratantes, não se estendendo a terceiros, que, julgando-se prejudicados, sempre poderão recorrer à via judicial para a defesa dos seus direitos e interesses”.¹²

A arbitragem cresce de importância diante de uma outra tendência já em franca e crescente concretização: o estabelecimento de parcerias entre a Administração Pública e particulares, em suas diversas modalidades. A mais importante é a restauração do antigo instituto da concessão de serviços públicos. Ao lado disso são frequentes as concessões de obras públicas, os convênios para o desenvolvimento de atividades de interesse comum, as terceirizações de serviços auxiliares e a celebração de contratos de gestão em atividades complementares, nas áreas de educação, cultura e assistência social.

Isso tudo não seria possível se não tivesse havido um abrandamento das prerrogativas da Administração Pública e um crescimento das garantias dos particulares que com ela se relacionam.

Os particulares, os cidadãos, os destinatários finais das ações estatais, paulatinamente estão deixando de ser considerados como intrusos nas atividades administrativas, especialmente nos processos de tomada de decisões. A tendência é no sentido do desenvolvimento da participação popular nas decisões administrativas, como já vem ocorrendo em questões ambientais, nas concessões de obras e serviços públicos, nas licitações de grande vulto e em matéria de planejamento urbano.

Outra tendência que se pode observar é no sentido de se examinar a validade da conduta, tanto da autoridade administrativa quanto do particular no seu relacionamento com a Administração Pública, à luz do princípio da razoabilidade.

Por mais estranho e inovador que possa parecer, isso não é senão uma re-leitura, atualizada, dos ensinamentos de CIRNE LIMA anteriormente transcritos, conforme se depreende destas considerações feitas por MARIA PAULA DALLARI BUCCI:

12. Adilson Abreu Dallari, *Arbitragem na concessão de serviço Público*, Jurídica Administração Municipal, Salvador, nº 06, 1997, p. 17.



“O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse “bom-senso jurídico” se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito”.

*“A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade”.*¹³

Ao lado da razoabilidade, estão as considerações a respeito da boa-fé, que, no passado, eram aplicáveis apenas às relações jurídicas entre particulares.

A boa ou má fé dos particulares em seu relacionamento com a Administração Pública é relevante, podendo e devendo ser considerada tanto para a concessão de benefício, quanto para a imposição de sanções e responsabilidades.

Além disso, devem também comportar exame a boa ou má fé dos próprios agentes públicos no exercício de suas funções, conforme assinala JESUS GONZALES PEREZ:

“Las Administraciones públicas son entes abstractos que han de realizar su actividad a través de personas físicas concretas, de hombres de carne y hueso, con los vicios y las virtudes de los demás hombres. Y es algo incontrovertible y reiteradamente constatado que aquella diferente posi-

13. Maria Paula Dallari Bucci, *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 16, Editora RT, São Paulo, 1996, p 173.

ción institucional há hecho de estos hombres una casta diferente, en la que, por el olvido de la idea de servicio, sólo aparece la manifestación más pura del poder por el poder, en formas más o menos arbitrarias”.

*“El principio de legalidad no comporta que cuantas controversias puedan surgir en el ámbito de las relaciones administrativas deban resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración, sin que tenga cabida la aplicación de la buena fe. El que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona ab initio la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación”.*¹⁴

A insuficiência da mera verificação da legalidade formal também se revela de outra maneira: situações existem nas quais a desconformidade da conduta com os requisitos legais não pode ser havida como fatalmente ensejadora de nulidade.

SEABRA FAGUNDES, desde longa data, já havia observado que não existe uma relação direta e absoluta entre legalidade formal e interesse público:

*“A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.”*¹⁵

Atualmente, começam a se avolumar os estudos no sentido da manutenção dos efeitos de atos viciados no momento de sua prática.

14. Jesús Gonzáles Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 32 e 33.

15. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª edição, Editora Saraiva, 194, p. 39 e 40.



Pode-se afirmar, com segurança, que está definitivamente sepultada a tese no sentido de que qualquer vício jurídico acarretaria irremediavelmente a invalidade do ato praticado. A estrita legalidade formal não é mais o dogma supremo do direito administrativo.

Tem-se, hoje, a clara noção do caráter instrumental da atuação administrativa. Todas as ações empreendidas pelo aparelhamento administrativo somente se justificam em função da realização de uma finalidade de interesse público.

Não se está afirmando, de maneira absoluta, que os fins justificam os meios. Pondera-se, entretanto, que certas anomalias quanto ao procedimento, desde que não afetem valores fundamentais do sistema jurídico, podem e devem ser relevadas, se a finalidade pública houver sido atingida.

Quem cuidou desse assunto com extrema competência, delineando um quadro completo das possibilidades jurídicas de manutenção de atos viciados foi WEIDA ZANCANER, de cuja monografia sobre a convalidação dos atos administrativos maculados são transcritas as passagens que se seguem:

“O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido.

Há duas formas de recompor a ordem jurídica violada, em razão dos atos inválidos, quais sejam, a invalidação e a convalidação”.

“ A Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la.

Resta saber o porquê da invalidação e da convalidação nas hipóteses em que, como já mencionamos, cada qual se propõe como obrigatória.

A invalidação se propõe como obrigatória porque se o ato não comporta convalidação, inexistente outra forma de a

Administração Pública restaurar a legalidade violada. Ora, a restauração do direito é para ela obrigatória por força do princípio da legalidade. Logo, toda vez que o ato não seja convalidável, só lhe resta o dever de invalidar.

Por sua vez, a convalidação se propõe obrigatória quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação –, entendido finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica.”

“Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados.

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na via dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos.

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto



em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar à segurança jurídica e à boa-fé.”¹⁶

A convalidação, quebrando a automaticidade da invalidação, exige um extremado cuidado por parte dos organismos de controle, administrativos ou judiciais, para que não se transforme em fonte de abusos e, especialmente, de corrupção. De igual forma, com a mesma intensidade, não se podem tolerar as invalidações e as convalidações indevidas. É sempre essencial o exame aprofundado da motivação apresentada para justificar a prática do ato sob controle.

Registre-se, por último, uma certa tendência à internacionalização do direito administrativo. Na medida em que diminuem as distâncias geográficas e políticas, cresce o entendimento de que a igualdade deve existir também no concerto dos Estados soberanos, e cada vez mais se intensificam e consolidam os blocos ou conjuntos internacionais, como a Comunidade Européia, o NAFTA (México, Estados Unidos e Canadá) e o MERCOSUL, com suas legislações e seus tribunais supraterritoriais, além de uma estrutura administrativa própria, cujo funcionamento se rege também por normas próprias.

Diante disso, pode-se falar na existência de um direito administrativo internacional, cuja fonte de validade é o tratado que deu origem ao organismo comunitário. Conforme os ensinamentos de ROBERTO DROMI, o tratado é a verdadeira Constituição dos Estados Integrados, sendo a fonte principal do direito comunitário, inclusive do direito que disciplina a estrutura e funcionamento do próprio organismo criado pelo tratado, e, além disso, repercutindo no direito administrativo interno de cada Estado soberano:

“El derecho comunitario es aplicado en cada país miembro de acuerdo a las reglas jurídico-procedimentales propias. No obstante, el derecho interno se ve afectado por el imperativo de actuación en un determinado sentido que impone la norma comunitaria en orden al cumplimiento

16. Weida Zancaner, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, RT, 1990, p. 53 e sgts.

eficaz de sus objetivos. Por ello, la realidad exige una adecuación el la organización y en el procedimiento administrativos.

A su vez, la actuación de los organismos comunitarios precisa de una organización y procedimiento administrativos que permitan cumplir las actividades concretas que su cometido les exige.

En esta relación entre administración local y administración comunitaria, se va gestando la necesidad de acercar los sistemas. De allí que si bien los ordenamientos administrativos internos se deben acomodar para el mejor cumplimiento de las normativas comunitarias, para lo cual se deben mostrar abiertos a la recepción de nuevos principios jurídicos administrativos, de igual modo la administración comunitaria se va nutriendo de los principios de derecho administrativo, tanto el lo organizacional como en lo procedimental, que mejor cuadran en el cumplimiento de sus objetivos de integración. Vale decir, que en la Comunidad se apresenta la oportunidad de amalgamar, de producir una síntesis de los principios jurídicos que puedan ser aceptados y aplicados sin mayores resistencias en los ordenamientos internos de los países miembros.

*De tal forma que ese principio de autonomía de los Estados miembros para aplicar administrativamente las normas comunitarias, además de influenciado, viene condicionado por éstas, se relativiza, puesto que requieren de procedimientos que sean garantes de los derechos que reconozcan, que hagan viable la vigencia efectiva del derecho comunitario, al no someterlo a trámites complejos y frustrantes de sus objetivos”.*¹⁷

No caso do Brasil, no presente momento, não são muito sensíveis as influências do Tratado do MERCOSUL sobre o direito administrativo

17. Roberto Dromi, *Derecho Comunitario*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 145, e *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. p. 510.



interno, embora já se tenham registrado repercussões decorrentes da criação da empresa bi-nacional (Itaipú) geradora de energia elétrica construída e operada conjuntamente pelo Brasil e pelo Paraguai, e já tenham surgido alguns casos controvertidos em matéria de financiamento e contratação de obras públicas.

Mas a doutrina é muito firme no tocante à ocorrência de influências de tratados internacionais sobre o direito interno, inclusive o administrativo, conforme comprova este vigoroso texto de AGUSTIN GORDILLO, que aborda não o MERCOSUL, mas, sim, um outro tratado, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção:

*“Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores; alcanzan a los organismos de control como la SIGEN y la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la Nación, modifican el régimen jurídico básico de la función pública, la responsabilidad penal constitucional del artículo 36, la ley del cuerpo de abogados del Estado y el decreto-ley de procedimiento administrativo; remozán el régimen de las facultades regladas y discrecionales de la administración. Inciden en la relación con los usuarios de los concesionarios y licenciarios en situación de monopolio o exclusividad en la prestación de servicios públicos, tienen efectos sobre la ganancia de éstos que exceda límites objetivos justos y naturales, etc. “.*¹⁸

O que se pode inferir a respeito destas observações sobre tratados internacionais é que, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade, indiretamente, eles concorrem para um abrandamento do autoritarismo na Administração Pública, que fica mais permeável a acompanhamentos e controles por parte de quem não tem qualquer submissão ao Estado ao qual determinada estrutura administrativa ou

18. Agustín Gordillo, *Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª ed., 1997, p. XVI-2 e XVI-3.

determinado ordenamento jurídico administrativo pertencem. Daí, um certo cuidado em não revelar-se ditatorial e de apresentar-se como democrática.

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto, resta apenas concluir que o desenvolvimento dos estudos de direito administrativo aponta para a impropriedade do uso da expressão “poderes administrativos”, que é incompatível com os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo, no qual as autoridades administrativas não são dotadas de puros poderes, mas, sim, de deveres jurídicos impostos pela lei.

No cumprimento dos deveres, para melhor satisfação do interesse público, os agentes administrativos são dotados de certas prerrogativas que não são atributos pessoais, mas, sim, decorrem da função que exercem.

Em resumo, nas relações jurídico-administrativas deve haver um equilíbrio entre poderes e responsabilidades, entre prerrogativas e sujeições, entre as potestades da Administração Pública e as garantias constitucionais dos cidadãos.

Esse equilíbrio já é uma realidade e está se acentuando cada vez mais, na medida em que os Estados vão se tornando menos autoritários e mais democráticos, inclusive por efeito da tendência à formação de comunidades lastreadas em tratados internacionais.

Nesse contexto, os cultores de direito administrativo devem aprofundar seus estudos a respeito de temas como a motivação, a razoabilidade, a boa fé e a estabilidade das relações jurídicas, que cada vez mais passam a conviver com tradicionais princípios dessa disciplina, tais como os princípios da legalidade, da isonomia, da publicidade e outros.

**LA CLASIFICACION DE LOS ACTOS Y DE
LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

Luciano Vandelli



LA CLASIFICACION DE LOS ACTOS Y DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Luciano Vandelli

Universidad de Bologna - Italia

I. PREMISA: EL PROBLEMA DE LA CLASIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El problema de formular una clasificación de los actos administrativos se plantea en muchos países, desde muchos años: sin alcanzar, sin embargo, ningún resultado que pueda ser considerado general y definitivo, ni siquiera en un solo ordenamiento.

Este problema se plantea de manera especial en el Derecho administrativo, por razones de utilidad practica así como de ordenación teórica.

En Derecho administrativo falta, en general, una clasificación básica fijada por el propio legislador, como pasa, por ejemplo, en Derecho privado, donde el esquema negocio juridico-contrato-distintos tipos de contrato se encuentra en la generalidad de las legislaciones, permitiendo encajar cada supuesto en un orden armónicamente definido.

En el ámbito administrativo, al revés, el legislador se limita a individuar el tipo de acto, según el principio que pide, para este, un carácter nominado. Normalmente lo hace sin ninguna preocupación sistemática, produciendo una casuística "inagotable y cambiante" ¹.

Así, se han propuesto, en cada ordenamiento, decenas de categorías posibles, tomando como punto de referencia, cada vez, aspectos distintos que se remiten al contenido del acto, o a su objeto, a su eficacia, su recurribilidad, sus destinatarios, la naturaleza del poder ejercido, el carácter del órgano que los producen, etc., etc.

1. E. García de Enterría, T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1993, p. 542

Con referencia a criterios muy distintos, entonces, se distinguen, por ejemplo, los actos decisorios externos (*décisions exécutoires*) de los actos que no lo son, las resoluciones de los actos de trámite, los actos favorables de los actos de gravamen, los actos singulares de los actos plurales, los actos colegiales de los actos monocráticos, hasta los actos autorizatorios, concesorios, sancionatorios, etc., etc.

II. VARIEDAD Y RELATIVIDAD DE LAS CLASIFICACIONES

Al describir estas clasificaciones, los autores de los distintos Países coinciden en ser cautelosos: a menudo utilizan el condicional; advierten al lector que no se trata de clasificaciones completas y tampoco sistemáticas; discrepan al distinguir las causas y las consecuencias de cada distinción; expresan dudas sobre la validez de una u otra categoría.

Sin embargo, distinciones de este tipo han mostrado su utilidad práctica en muchos casos, con referencia especial a las medidas de tutela del particular y especialmente a la recurribilidad de los actos frente a los órganos jurisdiccionales. Una utilidad que, por otro lado, se refiere en ocasiones a un contexto histórico determinado, estando estas clasificaciones destinadas a perder en buena medida su alcance progresivamente, en la medida en que cambien los presupuestos substanciales que las justificaban. Ejemplar, en este sentido, ha sido, en la generalidad de los Países que tienen una tradición administrativa de origen francés, el caso de la categoría de los "actos políticos": categoría que tiene su fundamento en la voluntad autoritaria de excluir de todo control judicial un cierto número de decisiones de los órganos de gobierno, y que pierde (o, de todas maneras, reduce mucho) su importancia o su validez a medida que se afirman y se fortalecen los poderes de control jurisdiccional sobre la actividad de la administración.

III. LOS ACTOS DE CONTENIDO GENERAL

Por otro lado, la transformación del funcionamiento de las administraciones puede subir la importancia de unos u otros tipos de actos. Así, en la época reciente, el clásico esquema que ve la administración jugar



con su discrecionalidad en el momento de la adopción del acto concreto se complica: y entre la propia ley y este acto se interpone, a menudo, una variada categoría de actos de alcance general, de actos administrativo que fijan normas, planes, directivas, orientaciones, criterios que preceden y, en alguna medida, predeterminan el contenido de las resoluciones concretas. De este modo, estos actos adquieren un papel central en la toma de decisiones, en tanto que autolimitación por parte de la propia administración, que encauza la decisión final en un marco predefinido.

En este sentido, el caso quizás más evidente puede ser representado por el sistema italiano; donde la ley sobre procedimiento prevé que la concesión de subvenciones, subsidios, ayudas financieras y en general incentivos económicos de todo tipo están expresamente sometidos a la obligación, por parte de la administración, de hacer públicos previamente los criterios y las directrices con arreglo a los que se rigen, además de la obligación específica de motivar las resoluciones en relación precisamente con tales criterios y directrices.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han apoyado la generalización de esta obligación. Varias son las razones que se esgrimen para justificar la publicidad y la predeterminación de los criterios. En primer lugar garantizar el principio de igualdad de trato entre los peticionarios, que ofrece a los excluidos y eventualmente al juez un elemento de juicio en caso de impugnación. Y también, en caso de que no se ponga en marcha un procedimiento de selección por existir menos solicitantes que ayudas a otorgar, evitar el riesgo de arreglos y corruptelas entre la administración y los propios solicitantes. En todo caso, este mecanismo puede permitir evaluar los resultados alcanzados por la administración en relación con los criterios generales, facilitando la eventual exigencia de responsabilidades.

Por otro lado, la articulación entre dos niveles diferenciados en el proceso de toma de decisiones administrativas corresponde, en Italia, a una distinción -que se ha afirmado paralelamente, durante estos últimos años- de competencias entre órganos de gobierno y funcionarios (dirigenti): en un marco reformador que atribuye a estos últimos la adopción de actos concretos, pero reservando a los órganos de gobierno la definición

de objetivos y programas y la emanación de las directrices que sean necesarias para su consecución.

IV. ADMINISTRACION POR ACTOS Y ADMINISTRACION POR PROCEDIMIENTOS

Frente al gran esfuerzo producido por la literatura jurídica para clasificar los actos administrativos, la atención para identificar tipos de procedimientos se presenta, en general, mucho menos desarrollada y, en varios supuestos, mucho mas reciente. Lo que, en realidad, refleja bien un fenómeno que se ha producido en su conjunto en la relación entre el papel, el relieve y el estudio del acto y los del procedimiento administrativo.

Si quisiésemos sintetizar la evolución que se ha producido en el Derecho administrativo y, en general, en el modo de actuar de las administraciones publicas, podríamos decir que, en un panorama dominado tradicionalmente por la administración por actos, se abrió camino, progresivamente, la administración por procedimientos, hasta llegar, en época reciente, a modelos y valores de administración por resultados. Dejando al margen, en este discurso, el ultimo aspecto, hay que subrayar como el modelo en el que se inspira el Derecho administrativo tradicional se presenta dominado por la centralidad de la figura del acto administrativo.

Es verdad que no faltan, sin duda, en los clásicos (empezando por Merkl) teorizaciones importantes sobre el procedimiento administrativo. Se trata, sin embargo, de teorizaciones inspiradas por preocupaciones de garantía de los derechos de los administrados, y desarrolladas con una asimilación puntual al procedimiento judicial: con efectos, por un lado, de hacer más rígidas las técnicas de formación del acto administrativo y, por el otro, de dejar al margen las finalidades del procedimiento distintas de la defensa de los intereses individuales, empezando por su función básica de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general ².

2. V. por todos, en este sentido, E. García de Enterría, T. R. Fernandez, *Curso de Derecho Administrativo, cit.*, II, p.433.



V. LA EVOLUCION LEGISLATIVA

El propio interés de los legisladores para dictar una disciplina general del procedimiento es, en muchos Países, limitada y relativamente reciente: y si Austria puede ya en 1925 ufanarse de una ley de procedimiento destinada a ejercer influencia en varios Estados vecinos, y si se remonta a los años '40 y '50 la disciplina norteamericana (1946), española (1958) y de varias democracias populares de Europa central (Checoslovaquia 1955, Yugoslavia y Hungría 1957), y es en la segunda mitad de los años '70 cuando Alemania apruebe su importante ley (1976) y cuando en Francia -aún sin llegar a una disciplina orgánica del procedimiento- salen las leyes sobre acceso a los documentos administrativos (1978), sobre motivación de actos (1979) y finalmente sobre relaciones entre administración y usuarios. En el mismo periodo, por otro lado, todas las Constituciones democráticas que se dictan en Europa (Grecia 1975, Portugal 1997, España 1978) incluyen principios sobre actividad y procedimientos de la administración pública.

Finalmente, es en los años '90 cuando la temática procedimental adquiere una posición central en el debate político-administrativo: con la aprobación de una disciplina general en Países que nunca la habían tenido (como en Italia, donde la ley se aprueba en 1990), con una "revalorización"³ del tema que conduce, en otras situaciones, a aprobar nuevas disciplinas que substituyen o, de todas maneras, revisan de manera muy incisiva las precedentes leyes. Así, en 1992 España dicta su nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a un año de la promulgación del Código de procedimiento en Portugal; y en época reciente la propia Alemania llega a introducir importantes novedades a su disciplina.⁴

3. Es el termino usado, con referencia a Alemania, por F. Schoch, *El pensamiento procesal en el Derecho administrativo general*, en *Documentacion administrativa*, nn.235-236, 1993, p.277 ss.

4. Sobre las leyes de procedimiento administrativo, en plan comparado, v. especialmente S. Cassese, *La disciplina legislativa del procedimiento administrativo. Una analisi comparata*, en *Foro italiano*, 1993, p.27; y los estudios recogidos en L. Torchia (coordinadora), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Milano, Giuffrè, 1993, y J. Barnes Vasquez, *El Procedimiento Administrativo en el Derecho comparado*, Madrid, Civitas.

VI. DISCIPLINA GENERAL Y DISCIPLINAS ESPECIALES

Las disciplinas adoptadas por los distintos Países difieren mucho en extensión, técnica jurídica, temas tratados, etc. Sin embargo presentan unidos en el intento de poner un límite y un marco a la gran fragmentación de procedimientos por materias, funciones, actividades, fijando para todos un núcleo de principios comunes, que se imponen en la aplicación de las reglas, por ejemplo, urbanísticas así como en los servicios sociales.

Este núcleo unificador intenta, entonces, dictar una disciplina del procedimiento general; al lado y al margen del cual se desarrolla, sin embargo, una pluralidad de procedimientos especiales. Entre estos y la búsqueda de unidad, entre generalidad y especialidad, se produce en todos los ordenamientos una tendencia muy clara, en la cual la afirmación de los principios comunes no siempre se presenta simple y destinada a prevalecer.

En este sentido, el papel del juez es básico: con la aprobación de las leyes generales de procedimiento los jueces pierden, en buena medida, el papel de productores de principios que ejercen en el silencio del legislador, para ejercer un papel -quizás no menos importante- de garantía de la aplicación coherente de las bases fijadas por el legislador⁵

VII. LOS PROCEDIMIENTOS PUNTUALES

También para el procedimiento administrativo, así como con referencia a los actos, la doctrina jurídica ha cumplido un esfuerzo de clasificación: un esfuerzo menos antiguo y extenso, pero importante y variado.

Así, a menudo se han utilizado distinciones que hacen referencia al tipo de acto que es el producto final del procedimiento, hablando de procedimientos autorizatorios, concesorios, sancionadores, disciplinarios, etc.

Análogamente a lo que se verifica en relación con los actos, dominan categorías que hacen referencias a procedimientos puntuales y concre-

5. S. Cassese, in *La disciplina amministrativa del procedimento amministrativo*, cit., p. 30, osserva che, in un certo senso, la disciplina legislativa del procedimento amplia i poteri del giudice.



tos, que conciernen a situaciones jurídicas precisas de personas individualizadas.

En este sentido, las clasificaciones normalmente reflejan implícitamente la finalidad de fondo que tradicionalmente se ha atribuido a la exigencia de disciplinar el procedimiento administrativo, es decir la finalidad de garantizar al particular en sus relaciones con la Administración Pública.

Ya se ha observado como la consideración del procedimiento como instrumento de garantía fue básica, en el planteamiento de Merkl, gran inspirador de la ley austríaca que, a su vez, tuvo una considerable influencia en las leyes sucesivas.

Efectivamente, si se considera la panorámica ofrecida por las principales leyes, actualmente vigentes, es evidente como prevalece el celo por las garantías del administrado y la atención para los procedimientos puntuales.

En este sentido, el ejemplo mas claro puede ser representado por la ley italiana de 1990; que de manera explícita excluye del ámbito de aplicación de sus disposiciones mas importantes (sobre motivación y, en general, sobre la participación en el procedimiento) los actos normativos, de carácter general, de programación y de planificación.

De esta manera, el ordenamiento italiano, por un lado, refuerza la actividad consistente en predeterminar criterios y orientaciones generales, en tanto que elemento central de la modulación de la discrecionalidad; mientras que, por otro, concentra toda la regulación jurídica en las regulaciones singulares. Así, al regular casi exclusivamente la actividad singular y concreta, la ley italiana de procedimiento ha terminado por ignorar las modalidades de actividades que, en el dibujo del propio legislador, representan el punto más relevante e innovador de actuación administrativa.

VIII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO FINALIDADES DE PARTICIPACION

Sin embargo, las finalidades que son propias de la disciplina del procedimiento administrativo no pueden reducirse a finalidades de garantía.

El propio procedimiento para la toma de decisiones concretas puede añadir a estas preocupaciones métodos de participación del particular interesado; con lo cual la propia configuración del interés público -se ha teorizado- sale de una implicación del administrado en el procedimiento que le interesa.

En ese sentido, las leyes dan un relieve paulatinamente creciente a los procedimientos “consensuales”: con varios problemas teóricos, pero -al parecer- con una marcada utilidad práctica, logrando, gracias al consenso, rapidez en la ejecución de las decisiones y, en su caso, movilización de recursos privados para objetivos que interesan a la colectividad.

Pero, sobre todo, la centralidad de la consideración del procedimiento como instrumento de garantía deja al margen básicas finalidades de participación y representación de todos los intereses implicados en el procedimiento.

Esta perspectiva es fundamental en la tradición norteamericana. La ley italiana se ha inspirado en esa, reconociendo derechos de participación a todos los interesados y, especialmente, a los grupos que defienden intereses colectivos y difundidos; pero -con una importante contradicción- llegando a excluir de su aplicación los actos normativos, generales, de planeamiento y de programación, es decir los actos en los cuales los intereses colectivos y difundidos podrían expresar mejor las potencialidades de su participación.

IX. CONSIDERACIONES SOBRE LA CLASIFICACION DE LOS PROCEDIMIENTOS

Las consideraciones aquí esquemáticamente desarrolladas, y el examen de la legislación comparada, en materia de procedimiento, lleva entonces a disminuir, en alguna medida, el alcance de las clasificaciones clásicas que se refieren a decisiones concretas, colocándolas en un marco más amplio.

En este sentido podrían ocupar un alcance básico otras clases de actos administrativos, en un marco general que podríamos intentar esquematizar en función de este tipo, distinguiendo:



a) actos normativos. La producción de actos normativos es considerada, por ejemplo, en la legislación sobre procedimiento de los Estados Unidos; e importantes reglas existen en el ordenamiento de la Unión europea;

b) actos generales, incluidos los actos de planificación y de programación. Es una categoría muy amplia, que puede admitir varias distinciones. La categoría de los procedimientos de planeamiento es considerada, por ejemplo, en la ley alemana, como procedimiento especial (Planfeststellungsverfahren);

c) decisiones concretas. Es el núcleo más típico y consolidado de las disciplinas sobre procedimiento. La distinción básica, entre ellas, es probablemente entre decisiones con efectos positivo para el destinatario del procedimiento, y con efecto negativo; incluyendo en las primeras clases como procedimientos autorizatorios, concesorios, etc., que suponen una especial atención a los derechos de los terceros y en la segunda procedimientos como los sancionadores o los disciplinarios, que suponen básicos problemas de garantía del propio destinatario.

Una clasificación de este tipo refleja, en alguna medida la distinción, tradicional en el mundo anglosajón- entre Rule-making y Adjudicación: la primera categoría con referencia a la adopción de medidas de carácter general, con la posibilidad de previsión de técnicas de consultación o de “encuesta pública” (como pasa, por ejemplo, en el Reino Unido); la segunda, con inclusión de decisiones relativas a supuestos concretos.

Este marco, genérico pero básico, especialmente en la evolución actual de las administraciones públicas, puede, sin embargo, ser útilmente detallado a través de la utilización (que con eso se presenta en larga medida compatible) de otros criterios.

Así, es posible distinguir, por ejemplo, según las relaciones de cada procedimiento con la disciplina general, entre procedimiento general y procedimientos especiales (como pasa en Alemania, o en España) y, entre estos últimos, entre procedimientos “concéntricos” (es decir, procedimientos que deben en todo caso adaptarse a las disposiciones de la ley

general de procedimiento) y procedimientos excéntricos (frente a los cuales la ley general solo se aplica de manera subsidiaria o supletoria)⁶; o aplicar la distinción entre procedimientos declarativos (para la elaboración de una decisión), ejecutivos (finalizados a la ejecución de una decisión ya adoptada), y de gestión (con finalidades técnicas y de carácter esencialmente interno); o seguir la demarcación entre procedimientos obligatorios o facultativos o (en relación al número de sujetos implicados) entre los “bipolares” o los “multipolares”.

6. V. F. Garrido Falla, J. M. Fernández Pastrana, *Regimen jurídico y Procedimiento administrativo de las Administraciones públicas. Un estudio de la Ley 30/1992*, 2a ed., Madrid, 1995, p.286

**EL DERECHO DE DEFENSA
EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS
(situación jurisprudencial)**

Jaime Orlando Santofimio Gamboa



**EL DERECHO DE DEFENSA
EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS
(situación jurisprudencial)**

Jaime Orlando Santofímio Gamboa*

Profesor Titular de Derecho Administrativo y Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

CONTENIDO: 1 - Generalidades. 2 - Oscurantismo Institucional. Ruptura. 2.1. - La herencia del absolutismo. 2.2. - La informalidad como regla. 2.3. - El surgimiento del formalismo y del procedimiento administrativo. Los derechos procesales de los administrados como derechos fundamentales. 2.4. - El surgimiento del formalismo y el respeto a los derechos fundamentales dentro de las actuaciones administrativas en el derecho colombiano. 3 - Los Fundamentos del Derecho de Defensa. 3.1. - El principio del Debido Proceso. 3.2. - El principio de contradicción. 3.3. - El principio de igualdad. 3.4. - El principio de legalidad. 4 - Derechos y Garantías Conexos al Derecho de Defensa. 4.1. - Ser oído. 4.2. - Hacerse parte o a la participación en el proceso. 4.3. - Ser notificado. 4.4. - Solicitar y participar en la práctica de pruebas. 4.5. - Defensa técnica. 4.6. - Impugnar las decisiones administrativas. Bibliografía.

1. GENERALIDADES.

Abordar la temática del Derecho de Defensa implica no solo retomar las bases conceptuales del sistema de derechos y garantías fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico, sino también, profundizar las raíces estructurales y principios substanciales que definen el Estado de derecho. Significa abandonar toda idea formalista del derecho y de la justicia e involucrarse en la más amplia concepción garantística y teleológica de protección a los sujetos y demás personas relacionadas con el proceso, en procura de consolidar materialmente su objeto.¹

1. Vicente Gimeno Sendra. *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 88. El Derecho de Defensa resulta consubstancial con la contradicción y la búsqueda de la verdad material en todo proceso. En esto sentido, también puede consultarse a Álvaro Orlando Pérez Pinzón. **El Derecho de Defensa**, en *la Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, N° 41 y 42, mayo-diciembre de 1990.

Desde esta perspectiva, podemos ubicar el Derecho de Defensa, dentro de los marcos del concepto genérico del Debido Proceso², en la medida en que constituye uno de los principales instrumentos de búsqueda del equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso, con el fin primordial de consolidar el derecho substancial y la prevalencia absoluta de los derechos fundamentales.

En cuanto el derecho fundamental adquiere particulares características desde la perspectiva sistemática de su lectura constitucional, si se tiene en cuenta la permanente relación con principios como los de igualdad, participación, contradicción e incluso de manera directa con el de legalidad, circunstancias que lo tornan polivalente o portador de las más amplias y variadas garantías, esto es, en palabras de Ramos Méndez, una especie de abanico de cobertura prácticamente inagotable.³

2. Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett. *El Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1997, p. 339. Corte Constitucional. Sentencia T-496; de agosto 1 de 1992, Sala de Revisión N° 6, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez. En cuanto a concepto substancial y material que procura básicamente, garantizar la prevalencia del derecho substancial y los derechos fundamentales dentro de la actuación procesal, por encima de las simples formalidades, reconociendo a la persona humana como el centro de protección estatal y admitiendo la necesaria conjugación de elementos dirigidos a obtener decisiones justas, todo esto coadyuvando a sustentar la existencia de un verdadero Estado de derecho, en lo que, en nuestra opinión, es una verdadera óptica dinámica del debido proceso, la Corte sostuvo lo siguiente: "...Esta incorporación del derecho al debido proceso de manera explícita en la Carta como derecho fundamental corresponde a la naturaleza de este último. En efecto: los Derechos Fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por la racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad - la dignidad humana - que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve y, por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin las cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida... su juzgamiento debe respetar el debido proceso..."
3. Francisco Ramos Méndez. *El Proceso Penal, Lectura Constitucional*, José Marías Bosch Editor S.A., Barcelona, 1991, p. 17. Corte Constitucional. Sentencia T-301; de julio 10 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La efectividad del derecho al debido proceso dentro de los procedimientos sancionadores aplicados por las instituciones universitarias, sólo queda garantizada si el mencionado procedimiento comporta, como mínimo, las siguientes actuaciones: la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que



Sobre la base de las anteriores características, se le ha considerado como una de las principales conquistas del Estado constitucional. Sin embargo, sus raíces comienzan a formarse en la misma evolución del absolutismo. La influencia *ius-naturalista*⁴ en el pensamiento político y jurídico reclamaba, por aquella época, la plenitud de su reconocimiento y aplicación⁵. Incluso antecedentes de la que fue posteriormente su plena consolidación se venían registrando en las cartas o constituciones otorgadas por los gobernantes principescos y soberanos absolutos.⁶

Consolidado el Estado de Derecho, se afianza como principio y base garantizadora de los derechos fundamentales de la persona en el proceso, especialmente en todas aquellas actuaciones adelantadas ante las autoridades jurisdiccionales. En este sentido, se le consideró como un ejemplo indiscutible de los efectos de la consolidación de la institucionalización del poder político respecto de las garantías procesales de las personas, razón por la cual se recogió en las principales consti-

puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones de las autoridades competentes. Alberto Suarez Sanchez. **El Debido Proceso Penal en Colombia**, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, N° 45, septiembre-diciembre de 1991, p.86.

4. Eduardo García de Enterría. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994. Sitúa este autor la consolidación del sistema de derechos a partir de la evolución de los derechos subjetivos predicados por los *ius-naturalistas*.
5. Cesare Beccaria. *De los Delitos y de las Penas*, Temis, Santafé de Bogotá D.C., 1990, p.27. "...Conocidas las pruebas y supuesta la certeza del delito, es preciso conceder al reo el tiempo y los medios oportunos para que se justifique... pero las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo tanto para la defensa del reo, como para las pruebas de los delitos..."
6. Rolando Tamayo y Salmorán. *Introducción al Estudio de la Constitución*, UNAM, México, 1986, p.37-54 y 86.

tuciones políticas del mundo occidental⁷ y en los tratados públicos sobre derechos fundamentales.⁸

2. OSCURANTISMO INSTITUCIONAL. RUPTURA.

2.1. La herencia del absolutismo.

No obstante la anterior proclamación y reconocimiento del Derecho de Defensa dentro de la nueva concepción del Estado y del Derecho, las interpretaciones jurídicas iniciales encontraban procedente su aplicación exclusivamente al ámbito de la justicia. Predicaban su plena vigencia frente a los litigios y conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales, dentro de un garantismo limitado al ámbito de la actividad procesal del poder jurisdiccional.

Bajo este entendido, la lógica de su aplicación general, emanada de la formulación como postulado básico del régimen de garantías ciudadanas, encontraba en los primeros años de la institucionalización, una de sus principales dificultades prácticas y substanciales. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el ejercicio separado de funciones y competencias, característico del nuevo régimen, implicaba la adopción de decisiones con la virtualidad de crear situaciones jurídicas individuales, no solo por parte de las autoridades judiciales, sino también, de las administrativas e incluso, en algunos casos excepcionales de las legislativas.

Tratándose de la actividad administrativa, las nociones de defensa y de contradicción resultaban extrañas a su ejercicio, así de por medio estuvieran en discusión derechos o intereses individuales de los ciudadanos y de los demás sujetos de derecho. Prácticamente, durante sus primeros años, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba dentro de una especie de oscurantismo institucional que negaba cualquier posibilidad de discusión previa con la administración de sus argumentos y los de las personas que pudieran resultar afectadas con sus futuras decisiones de carácter individual. Como lo señala el Profesor

7. Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza A.. *Constituciones Latinoamericanas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

8. Edgar Saavedra Rojas y Carlos Gordillo Lombana . *Derecho Penal Internacional*, Tomo I, Derechos Humanos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santafé de Bogotá D.C., 1995.



Brewer-Carías⁹ la Administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación sin tener realmente derechos, “...ni tener mecanismos para exigir la garantía de su derecho...”

La administración se colocaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, correspondiendo prácticamente al ejercicio de sus propias razones, ante la ausencia de controversia, réplica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones.¹⁰

2.2. La informalidad como regla.

La reacción del Estado de derecho frente a estas concepciones que implicaban una prolongación de la ideología absolutista en el ejercicio de la función administrativa, no tardó en consolidarse en la doctrina y en el pensamiento jurídico de quienes depuraban las instituciones del nuevo Estado y, hallaban en su esencia la necesidad permanente de garantizar los derechos ciudadanos en cada una de las manifestaciones del poder. En este sentido, en tratándose del ejercicio de la función administrativa, se comienza a plantear la necesidad de la presencia previa del sujeto pasivo de futuras decisiones, como un presupuesto indispensable para la defensa de sus intereses frente a las autoridades.

En esta perspectiva, la prepotencia de las autoridades y su régimen de exorbitancia encuentra sus primeros cuestionamientos sobre la base, inicialmente, de un incipiente respecto de los derechos de la persona en toda actuación de la administración. Sin embargo, las bases substanciales de esta relación previa no se definieron con claridad. Si bien es cierto, que se

9. Allan R. Brewer-Carías. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 13.

10. Eduardo García de Enterría. *Op. Cit., supra*. N°5, p.182. Destaca este ilustre profesor como la Administración Pública, desde el mismo momento de su surgimiento, adquirió una preponderancia inusitada, producto entre otras cosas del auge ostentado durante los últimos años del absolutismo y, la idea de los revolucionarios franceses de imponerse y consolidar el proceso histórico iniciado. “... como consecuencia de la revolución, la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la Administración del Príncipe Absoluto...”.

predicaba su necesidad, se carecía de los instrumentos procesales adecuados que brindaron la certeza jurídica, tanto a la administración como a los administrados respecto de las reglas básicas de esa relación antecedente. En la práctica se inicia el reino de una informalidad garantística como reacción al oscurantismo institucional. Esto es, la carencia de procedimiento para la adopción de decisiones por parte de las autoridades administrativas, pero con la idea de la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, para lo cual en algunos ordenamientos como el colombiano se acudía eventualmente por mandato jurisprudencial a la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil.

2.3. El surgimiento del formalismo y del procedimiento administrativo. Los derechos procesales de los administrados como derechos fundamentales.

El abandono definitivo a las anteriores concepciones se produce a partir de la más profunda revisión introducida al principio de legalidad como sustento del Estado de derecho. Se incorpora en su interpretación el compromiso ineludible del respeto a otro de los sustentos básicos del Estado institucionalizado, como es el de la prevalencia de los derechos fundamentales. En este sentido, el cumplimiento de la legalidad, implicará a partir de esta nueva interpretación, la garantía jurídica e institucional para los asociados de la certeza suficiente, tendiente, en primer lugar, a la protección de su necesaria participación en los desarrollos previos a cualquier decisión conjuntamente con la administración, protegiendo de esta forma sus derechos fundamentales.

En segundo lugar, a que las administraciones produzcan sus decisiones a través de senderos ciertos y predeterminados. De esta forma, se crea para el derecho administrativo, la necesidad de adecuar para el cabal cumplimiento de la legalidad, un elemento adicional que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa, se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no podía ser extraña para el eficaz encauzamiento de la actividad administrativa.¹¹

11. Sabino Cassese. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 237. Como sostiene el profesor Cassese, la ciencia jurídica administrativa venía ignorando este aspecto fundamental del proceso, solo interesándose por los actos finales y no por los aspectos anteriores a las



Los procedimientos administrativos, ordenan los postulados y derechos fundamentales, cuando de relaciones entre la administración y los particulares se trata. Por lo tanto, resultaban indispensables para facilitar el efectivo ejercicio de las normas substanciales. De aquí que el procedimiento administrativo era vista como la herramienta más idónea para erradicar la arbitrariedad en el obrar de la administración.¹²

decisiones administrativas, quizás un poco influenciada por las elaboraciones iusprivatistas, en donde los actos preparatorios, escasamente son de alguna importancia, e igualmente por criterios inmediatistas, que hacían más importante la decisión final para efectos jurisdiccionales. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1998. “La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande, que en la práctica la legalidad sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de reglas claras sobre el comportamiento de los órganos y de los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan. En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme al ordenamiento jurídico.” El proceso, en sentido general, ha sido entendido como el conjunto de actos interrelacionados entre sí y caracterizados por su naturaleza eminentemente teleológico, en la medida que busca la realización de un fin determinado. Desde esta óptica, y tratándose de la función administrativa, el proceso sería aquel acervo de actuaciones administrativas coordinadas y orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce funciones administrativas. El procedimiento, por su parte, lo entenderíamos como la especie motora de aquél. Todo proceso implica la existencia de uno o más procedimientos para el logro de sus finalidades. El procedimiento no es más que el cauce o camino que debe seguirse para obtener lo que teleológicamente el proceso pretende. En este sentido y en sus relaciones con el proceso administrativo, el procedimiento administrativo sería toda sucesión formal de actos, tendiente al cumplimiento de las competencias asignadas a quienes ejercen funciones administrativas pudiendo culminar en la expedición de un acto administrativo.

12. Jesús González Pérez. *Las Prerrogativas de la Administración en el Procedimiento Administrativo*, publicado en *Procedimiento Administrativo*, Uasta, Tucumán, 1982, p. 91. Gabino Fraga. *Derecho Administrativo*; Porrúa, México, 1986, p. 254: “...El acto administrativo requiere normalmente para formación estar precedido de una serie de formalidades y otros actos intermedios que den al autor del propio acto la ilustración e información necesarias para guiar su decisión... al mismo tiempo que constituyen una garantía de que la resolución se dicta, no de un modo arbitrario, sino de acuerdo con las normas legales...” El profesor Jesús González Pérez, es más explícito al justificar la existencia de un proceso y de un procedimiento administrativo. Traslada el fenómeno a los estadios de la autodefensa y la autocomposición, para demostrar cómo estos mecanismos encauzadores no son otra cosa que el freno institucional a la arbitrariedad. El procedimiento admi-

Los conceptos de proceso y procedimiento administrativos, encontraron sus raíces en las elaboraciones de los teóricos del Estado de derecho. Precisamente uno de los fundadores del Derecho Administrativo francés, José María Gérando, en 1822 introduce el término de procedimiento administrativo para designar “ Las reglas de tramitación de los asuntos propios de la Administración como tarea preparatoria que ha de conducir a la decisión Administrativa...”¹³.

nistrativo, sostiene, surgió como una garantía del administrado frente al ejercicio de la autodefensa administrativa. “...Ya que la administración ostenta esos privilegios exorbitantes, se dijo, sometamos al menos a unas normas formales su ejercicio. De aquí que se haya hablado de **una autodefensa procesalizada...**”

13. Antonio Moles Goubet. **Introducción al Procedimiento Administrativo**, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980-81, p. 16. Jaime Vidal Perdomo. **Principios Generales que Rigen la Nueva Legislación Contenciosa-administrativa**, en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 65, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, abril-junio de 1984, p. 103. Sabino Cassese. *Op. Ci.t, supra* nota N°12. Francia Constitución 1958, define las materias sujetas a procedimiento administrativo. En Estados Unidos desde 1946, existe la “**administrative Procedure Act**” Adolfo Merkl. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 278. “Tendencia a la procedimentalización de la Actividad administrativa”, logra su formulación científica en la obra del profesor Merkl - teoría general del derecho administrativo -, más de cien (100) años después de las elaboraciones de Gérando. Considera Merkl que todas las funciones estatales y, en particular, todos los Actos Administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos”. Encontramos, por lo tanto, un procedimiento legislativo, uno jurisdiccional y otro administrativo, diferenciados entre sí por el objeto de la función a la que le sirven de sendero. En el fondo, agrega Merkl, “...Toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo...”. En este sentido, destaca Merkl, el papel que desempeña la teoría general del proceso jurídico aplicada al derecho administrativo - derecho procesal administrativo -, como la suma que es de las reglas de producción de los actos administrativos, y el conocido procedimiento administrativo, como el conjunto formal de actos de que se vale el proceso para producir administrativo el “acto administrativo”. Enuncia así mismo, el autor, las que en su opinión son las justificaciones político - legislativas de la incorporación del procedimiento al derecho administrativo: estos pilares sustentadores se recogen en las siguientes ideas: a) La necesidad existente en el momento actual del derecho administrativo de articular sus aspectos materiales y formales; esto porque “...en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración, en los cuales el objeto se halla regulado jurídicamente, pero no así la forma de la administración...” y, b) El imperativo de proporcionar a los asociados las garantías de juridicidad indispensables para que no sean atropellados por la administración. El procedimiento administrativo no hace más que otorgar al individuo el camino cierto para tratar,



El principio de legalidad constituyó pues, a partir de su definición acorde con la idea substancial de Estado de derecho, el objeto y finalidad indubitables del proceso y procedimientos administrativos, al igual que de la idea de garantía dentro de los mismos. En esta perspectiva, se traduce en la piedra angular a la cual ha de someterse la administración, para que sus actuaciones y manifestaciones estén acordes con el ordenamiento jurídico y para que la protección al Debido Proceso y al Derecho de Defensa de las personas involucradas en una actuación administrativa, constituya deber y obligación de las autoridades.

Como lo destaca el Profesor Brewer-Carías¹⁴, a propósito de la evolución de los procedimientos y garantías administrativas en Venezuela “... Ya no puede ser la administración prepotente que concede dádivas o favores al particular, quien por su parte, no tiene derechos, ni cómo reclamarlos y es aplastado y a veces vejado por la Administración, sino que esto tendrá, necesariamente, que cambiar, lo que plantea la necesidad de un cambio de actitud y mentalidad. Ya no es un particular indefenso el que la Administración va a tener en frente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías...”

2.4. El surgimiento del formalismo y el respeto a los derechos fundamentales dentro de las actuaciones administrativas en el derecho colombiano.

En derecho colombiano, el anterior proceso histórico de consolidación de las garantías de los asociados frente a la administración se ha vivido intensamente. El ejercicio de la función administrativa fue dominada durante largos períodos, por las ideas de la prepotencia y el absolutismo. Oscuros estadios estos de la vida institucional, donde la claridad del pensamiento jurídico no se había consolidado definitivamente. La au-

en un ámbito de participación, sus asuntos con la administración, y a ésta, las reglas de conducta para formar legalmente sus decisiones frente a los interesados o ante el conglomerado en general. “... La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el contenido se adapta a la norma...”.

14. Allan R. Brewer-Carías. *Op. Cit.*, *supra* nota N° 10, p. 14.

sencia de procedimientos y garantías previas a la adopción de decisiones fue una constante histórica prácticamente hasta entrados los años ochenta, cuando como producto de las corrientes renovadoras y democráticas que se dieron en la América Latina, los juristas nacionales se dieron cuenta de que las garantías a los ciudadanos dentro de las actuaciones administrativas no surgían con posterioridad a la vigencia de los actos administrativos, sino con anterioridad, en el mismo momento que la administración se relacionara con el sujeto de derecho, esto por la elemental razón, de que las personas, para el Estado y el Derecho, no surgen como consecuencia de una decisión, todo lo contrario, ya existen desde antes al igual que sus derechos fundamentales.¹⁵

La incorporación en el Código Contencioso Administrativo colombiano de un procedimiento en estricto sentido administrativo, como fenómeno anterior a lo jurisdiccional, obedeció a elementales razones de necesidad jurídica del país.¹⁶ La parte primera del Decreto 01 de 1984 vino a llenar el vacío existente en la legislación anterior - Decreto ley 2733 de 1959-, en materia de actuación administrativa, no sólo cuando ella es el producto del ejercicio del derecho de petición de un particular, sino también en cumplimiento de un deber legal o, como sucede en la gran mayoría de los casos, de oficio. En nuestro concepto, las normas contenidas en los títulos de la primera parte del Decreto 01 de 1984, son generales y aplicables con dicho carácter a todo proceso formativo de un

-
15. Corte Constitucional. Sentencia T-301; *Op. Cit., supra* nota N° 4. La inexistencia de un procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias contempladas en los reglamentos, constituye una grave omisión que amenaza la efectividad del derecho de defensa de aquellas personas a quienes la universidad pretenda sancionar. La existencia de un procedimiento previamente consagrado, permite que el acusado pueda conocer de manera clara y precisa cómo actuará la universidad, en qué momento se producirán los actos que eventualmente puedan afectarlo y en qué oportunidad podrá presentar sus descargos y las pruebas que los sustentan. En caso de faltar esas normas reglamentarias, la Carta debe ser aplicada en forma directa.
 16. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Op. Cit., supra* nota N° 12. Los motivos que llevaron al legislador a estructurar un procedimiento de carácter general, se ubican básicamente en el vacío evidente de esta clase de reglamentación que hacía dificultosa en muchos casos la marcha de la administración pública. Ante esta ausencia se hizo imperiosa la búsqueda de un procedimiento de carácter general que regula la actividad de la administración, y que fundamentalmente le señalara el camino para expedir cualquier clase de decisión.



acto, sin importar cuál sea el origen del mismo: sea una petición, el cumplimiento de un deber legal o no deber de oficio.¹⁷

En derecho positivo colombiano, hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, se presentaba el problema de que la ley reglamentaba la segunda y tercera de aquellas fases. Como enseña Tafur Galvis, "... entre nosotros el procedimiento comenzaba cuando normalmente termina y debe terminar. Comenzaba con la notificación de los Actos, de las decisiones de la Administración..."¹⁸.

Efectivamente, el Decreto 2733 de 1959 - norma vigente hasta 1984- regulaba tan sólo el derecho de petición y la vía gubernativa, la cual, obviamente, sólo podía iniciarse mediante un recurso contra una decisión; pero omitía referirse al procedimiento de formación de esa decisión. Esta situación fue remediada oportunamente por el legislador de 1984, quedando en consecuencia nuestro ordenamiento procesal administrativo dotado de instrumentos plenos para la formación del acto. De esta manera, la expresión "Procedimiento administrativo" que utiliza el nuevo Código tiene dos etapas claramente definidas y claramente determinadas: La primera, que llama de la actuación administrativa, es aquella que antecede a la decisión: y la segunda, que es la vía gubernativa y que corresponde a la etapa de los recursos o trámite de los recursos como se conoce en otras legislaciones. No obstante esta claridad, a la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, aparentemente el legislador otorgó a las notificaciones o publicaciones un tratamiento de tercera etapa, posterior a la adopción de la decisión, una especie de procedi-

17. El profesor Jaime Vidal Perdomo, entonces Senador de la República, sostuvo en la ponencia para primer debate, al proyecto de Ley, ".por el cual se concedían facultades extraordinarias, al Presidente de la República, para reformar el Código Contencioso administrativo" lo siguiente: "...no ha existido en Colombia una ley sobre este procedimiento gubernativo o administrativo general; es claro que disposiciones con fuerza de ley - y leyes propiamente dichas - y decretos reglamentarios, se han dictado para los llamados procedimientos especiales; así aparecen los complejos y detallados en cuestiones de impuesto de renta, aduanas, extensión del dominio o adquisición de bienes para programas de reforma agraria, para citar algunos ejemplos.

18. Alvaro Tafur Galvis. **El Concepto de Acto Administrativo en el Nuevo Código**, en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, N° 65, abril-junio de 1984, p. 182.

miento final de naturaleza administrativa, tendiente a darle eficacia al acto administrativo.¹⁹

El legislador colombiano diseñó el procedimiento anteriormente indicado dentro de una perspectiva eminentemente garantística dirigida básicamente a la protección y defensa de todos los sujetos que se relacionen con la administración. En esta perspectiva, instituyó un esquema que recoge el Debido Proceso en su más amplia expresión y la exigencia a las autoridades públicas de velar permanentemente por el Derecho de Defensa de las personas que procesalmente resulten involucradas para efectos de adoptar una decisión administrativa. Para estos efectos, se establecieron las siguientes disposiciones de orden público administrativo cuya omisión podría ocasionar la nulidad de cualquier decisión de la administración pública:

- Conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo ninguna autoridad de la República podrá adoptar una decisión o acto administrativo si previamente no ha dado oportunidad para expresar sus opiniones y haber resuelto la totalidad de los asuntos planteados.

- El período de actuación administrativa que se inicia con el ejercicio del derecho de petición, oficiosamente o en cumplimiento de un deber u obligación legal constituye en su totalidad período probatorio sin requisitos ni términos especiales durante el cual se podrán pedir, ordenar y practicar todos los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil (artículo 34 del CCA).

- En el caso de actuaciones administrativas iniciadas de oficio, el primero y principal deber de las autoridades, según el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, es el de informar a las personas interesadas el inicio de la misma con el fin de garantizar el Debido Proceso y el Derecho de Defensa.

- Es deber de las autoridades, en todos los casos, convocar a la actuación administrativa a todas las personas interesadas y terceros que puedan resultar afectadas con la decisión que se adopte. Para

19. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Op. Cit., supra* nota N°12.



estos efectos los artículos 14, 15, 35 y 46 que establecen los mecanismos tendientes a procurar la presencia de estos sujetos con el fin de que ejerzan sus Derechos de Defensa.

- Según se desprende del artículo 209 constitucional en concordancia con el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y Ley 58 de 1982, en toda actuación administrativa, es deber de las autoridades garantizar el principio de contradicción, esto es, deberán ofrecer al interesado todas las oportunidades necesarias para conocer y debatir los argumentos que las administraciones les presenten con el fin de sustentar sus decisiones.

- El Código Contencioso a partir del artículo 49, regula el derecho de toda persona afectada por una decisión de la administración de impugnarla a través de mecanismos administrativos como son los recursos ordinarios y extraordinarios. En Colombia, se traducen en los de reposición, apelación y queja, por otra parte, en el extraordinario de revocación directa cuando no se ha hecho uso de los recursos ordinarios.

- Por último, la Constitución política en su artículo 29, en concordancia con el artículo 3 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reconocen como derechos fundamentales de aplicación, tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas los del Debido Proceso y el del Derecho de Defensa.²⁰

3. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA.

Entendido el Derecho de Defensa como la más amplia posibilidad de garantía y protección de los derechos fundamentales dentro de una actuación procesal, tendiente a impedir la arbitrariedad de la Administración y la consecuente indefensión de las personas con intereses en la misma, a través del ejercicio permanente de la dialéctica probatoria y argumental, mediante la presencia necesaria de los sujetos involucrados de manera permanente y durante todas las etapas de la actuación, con el

20. Ley 270 de 1996, artículo 3. "... Derecho de Defensa : En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el Derecho de Defensa, de acuerdo con la Constitución política, los Tratados Internacionales vigentes ratificados por Colombia y la Ley..."

fin de consolidar el derecho substancial.²¹ Según esto, encontramos que inevitablemente su estructura y finalidad tan solo puede ser entendida y explicada en su relación sistemática con los derechos fundamentales del Debido Proceso, de contradicción, igualdad y legalidad.²³

3.1. El principio del Debido Proceso.

Entendemos por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material la obtención de decisiones justas. Desde el punto de vista eminentemente formal, el concepto de debido proceso adquiere también trascendencia, complementando su finalidad primordial, cual es la de la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material. En este sentido se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas.²⁴

21. Sobre este tema puede consultarse Allan R. Brewer-Carías. *Op. Cit., supra* nota N° 10, p. 112 y SS. Del mismo autor, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 171. Para este autor, el Derecho de Defensa surge dentro de los desarrollos del derecho inglés en el famoso caso del Doctor *Bentley's Case* decidido en el año de 1723, donde se reconoce como un derecho de Dios y de los hombres, es el de brindar a las partes de todo proceso, el Derecho de Defensa. Vicente Gimeno Sendra. *Op. Cit., supra* nota N° 2, p.88. Destaca este autor que el fundamento del Derecho de Defensa radica inicialmente en el principio de contradicción "... el cual resulta ser consubstancial a la idea de proceso...".
23. Corte Constitucional. Sentencia T-520; de 16 de septiembre de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Complementando lo anterior, la Corte ha agregado: "... Esta es una forma de proteger a la persona y una manera de brindarle certeza en los dictados de los jueces y de la administración. Es una garantía que prohíbe a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por el mismo hecho respecto del cual ya se tramitó un proceso y se profirió una decisión, constituyéndose en elemento enderezado a realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios - también fundamentales - como la presunción de inocencia y el derecho de defensa..."
24. En la interpretación jurisprudencial latinoamericana, los elementos típicos del debido proceso se han entendido también como de Derecho de Defensa. En Senten-



En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, como lo anotábamos, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho substancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general.²⁵

cia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Venezuela del 17 de noviembre de 1983, (Citada por Allan R. Brewer-Carías. *Op. Cit., supra* nota N° 11, p. 173. Se indicó sobre este aspecto lo siguiente : "... el derecho a la defensa debe ser considerado no solo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva derecho a la defensa es equiparable a lo que en otros Estados de derecho ha sido llamado como el principio del debido proceso.”).

25. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Op. Cit., supra* nota N° 12. Introducirse en el análisis de la evolución y concepto del debido proceso implica hacer una aproximación a los contenidos del derecho según la concepción inglesa y norteamericana. No se trata de una institución típica del derecho continental europeo, ni mucho menos del derecho codificado. Sus fuentes, indudablemente, se han formado a partir del devenir de las instituciones del derecho natural, la justicia, la equidad, y el common law. El principio, por lo tanto, no ostenta las raíces en nuestro sistema jurídico. Los anglosajones lo desarrollaron en procura de lograr sus objetivos, partiendo fundamentalmente de conceptos no positivos sino de simple justicia. En el idioma original que se desarrolló, se entendía como *due process of law*, en sus traducciones a la lengua castellana, y debido a la complejidad de entender su contenido, se le ha titulado de diversas formas, entre las cuales encontramos las de: *debidas formas legales; debida formación de causa; debidos requisitos jurídicos, debido proceso legal; debido procedimiento legal*; no obstante, el concepto moderno, que en la práctica aborda el verdadero sentimiento del derecho anglosajón, es el de *debido proceso*, que recoge no solamente su concepción formal sino también material. Juan Francisco Linares. *Razonabilidad de las Leyes. El “Debido Proceso” como Garantía Innominada en la Constitución Argentina*. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos, Buenos Aires, 1970, p. 3. El debido proceso tiene sus orígenes en el más entrañable derecho inglés medieval, del cual fue tomado y trasladado a las colonias inglesas de Norteamérica, donde acrecentada por la filosofía *ius naturalista* e impregnada de la idea de justicia, pasó al derecho norteamericano. En su concepción inicial, se le entendía simplemente como una limitación procesal *procedural limitation*. Con posterioridad comenzó a tener connotaciones

Establecido este principio en nuestro derecho positivo por vía del artículo 29 Constitucional, se venía considerando, desde antes de la vigencia de la Constitución de 1991, como la piedra angular del derecho, en especial, del predicable a los procesos y procedimientos de cualquier naturaleza. Durante la vigencia de la Constitución política de 1886, al contenido del artículo 26 de dicha codificación se le atribuyó el carácter de fuente indudable del debido proceso. En reiteradas providencias, manifestó la Corte Suprema de Justicia, que en dicha disposición constitucional se encontraba la esencia misma de este principio fundamental del Estado de derecho.

Ahora bien, ¿cuál es la fuerza que posee este concepto para ubicarse en el vértice rector del derecho, en especial del procesal?. Esta inquietud ha tenido diversos tipos de respuestas. Para la doctrina, la institución resulta amplia y generosa en garantías, concretamente cuando debe predicarse frente a la actividad de la administración y de sus relaciones con los administrados, en la medida en que recoge los elementos pilares que hacen de las relaciones intersubjetivas al interior del proceso un verdadero mundo de prevalencia del derecho material o substancial.

No existiendo un preciso desarrollo normativo sobre que formalmente permita identificar un debido proceso, incluso en tratándose de procedi-

de una verdadera garantía substancial o de fondo *general limitation*. Señala este autor, que básicamente a partir del derecho inglés originario, la institución poseía dos claras características : se trataba de una mera garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias, penas pecuniarias y confiscaciones o aplicación injusta de las normas del *common law*. Por otra parte contenía garantías contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, mas no del parlamento. En el derecho norteamericano, durante mucho tiempo, se le entendió en su aspecto formal como garantía procesal. A través de dos enmiendas constitucionales se le introdujo al derecho positivo, abriéndose paso de esta manera, una interpretación material del mismo. Las enmiendas Vª y XIVª le otorgaron estructura normativa en los siguientes términos respectivamente : "... nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin debido proceso legal...". "...ningún estado podrá hacer ... ; ni privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la igual protección de la ley...". En los Estados Unidos una interpretación substancial del debido proceso se inicia con el fortalecimiento del sistema capitalista y la conquista del oeste, en la medida en que la nueva clase dominante reclama garantías para sus inversiones y ganancias, abandonándose por estas razones, las interpretaciones meramente formales del concepto, y dándole prelación y preponderancia a una concepción fundada en razones de justicia.



mientos caracterizados por su generalidad, esto es, carentes de regulaciones concretas, quienes deban aplicarlos e imprimirles la celeridad del caso, están en la obligación de garantizar la totalidad de los elementos integrantes del concepto, porque se trata de darle prevalencia a un precepto constitucional, dentro de un contexto de legalidad. Estamos frente a un principio general, de origen constitucional, y radicado, sin discusión alguna, como derecho fundamental, orientador de nuestro Estado de derecho.

La protección del ordenamiento jurídico y de las finalidades de este frente a los asociados no se logra exclusivamente en la medida en que existan precisas reglamentaciones legales, sino en cuanto que operen los principios, valores y garantías que otorguen seguridad y certeza a los sujetos relacionados en el contexto procesal, procurando, insisto, la consolidación de decisiones justas y materiales²⁶.

El fenómeno del debido proceso es la esencia misma del derecho, del Estado de derecho, para nuestro caso, de las relaciones entre administración y administrados, con profundas raíces en lo que se ha dado en llamar “justicia natural”.

El sistema jurídico colombiano, se incorpora integralmente en los anteriores planteamientos. Es más, de la relación normativa integrada por el preámbulo constitucional y los artículos 29 y 93 del mismo ordenamiento, en concordancia con los artículos 2, 3, 14, 15, 29, 34, 35 y 36 del Decreto 01 de 1984 y artículos 3 a 8 de la Ley 58 de 1982, se deduce que este fundamento orientador de nuestro Estado de derecho, no sólo implica su inmediata aplicación sin necesidad de mayores formalismos, sino que, independiente de las circunstancias legislativas del procedimiento, la vigencia plena del principio debe orientar a la administración y servir de instrumento para llenar los vacíos y resolver las dudas que se puedan presentar.

Conforme al artículo 29 de la Carta, se entiende que articular un núcleo central del debido proceso, implica entre otras cosas, entender y aplicar

26. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Op. Cit., supra* nota N° 12. Jaime Bernal Cuellar. *El Debido Proceso y Esquema Procesal Colombiano*, XV Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal, Santafé de Bogotá D.C., 1996, p.237. “... El concepto de Debido Proceso, en nuestra opinión, debe desbordar los límites simplemente formales de la legislación positiva, para desarrollar aspectos substanciales...”.

substantialmente los siguientes preceptos garantizadores: legalidad y preexistencia de los procedimientos y normas sustanciales aplicables; juez o funcionario natural; juez y funcionarios competentes; legalidad del juicio o de la actuación administrativa; reconocimiento y aceptación en materia penal e incluso disciplinaria de la ley permisiva o favorable aún cuando sea posterior; presunción de inocencia; derecho de defensa substancial y técnica durante todas las instancias procesales; derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas; derecho a pedir y a que se practiquen las pruebas solicitadas; derecho de controversia como garantía substancial dentro de cualquier proceso judicial o administrativo; derecho a impugnar las decisiones judiciales o administrativas; derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; derecho a la declaración como nulas de pleno derecho de todas aquellas pruebas que se obtengan con violación al debido proceso.

En cuanto al ámbito de aplicación del debido proceso, sobre el cual existieron criterios enfrentados antes de la vigencia de la constitución de 1991, la Corte recogió, y sostiene el criterio amplio según el cual, no existe un campo limitado de aplicación del principio. Por su generosidad en cuanto a la protección y garantías que ofrece, debe prevalecer, aplicarse y ser siempre considerado como básico en toda actuación jurisdiccional o administrativa. Al respecto sostuvo la Corporación lo siguiente: “...Del artículo 29 Constitucional se establece, para efectos del presente caso, que la figura del debido proceso es aplicable a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido el debido proceso, para toda actividad de la administración pública en general, sin excepciones de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular”²⁷.

Justificando las razones de su aplicación general a toda clase de actuaciones, sostuvo la Corte lo siguiente: “...De lo anterior se concluye que, habiendo sido tan claro el constituyente al cobijar los varios componentes del debido proceso dentro de un haz de garantías constitucionales y al haber expresado de modo terminante que aquél se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (subraya la Corte), excluir el principio mencionado, reservándolo apenas los procesos penales, implica aceptar el doble juzgamiento en las otras ramas del dere-

27. Corte Constitucional. Sentencia T. 496; *Op. Cit.*, *supra* nota N° 3.



cho, desatendiendo la otra letra nítida y el espíritu del mandato constitucional...”²⁸.

El debido proceso constituye, según lo visto, la piedra angular de las garantías y conceptos orientadores de las actuaciones administrativas, en la práctica se estructura como una fuente importante de garantías constitucionales e interpretación del ordenamiento jurídico, que invita a no violentar los derechos de los particulares y lograr la certeza, por parte de la administración, en cuanto a su conducta oficial.²⁹

3.2. El principio de contradicción.

El principio de la contradicción ha sido entendido tradicionalmente como aquel dirigido a garantizarle a los sujetos involucrados en una actuación administrativa, no solo la presencia formal dentro de la misma, sino también a la confrontación y debate material de todos y cada uno de los elementos puestos a su consideración, al igual que de los medios probatorios solicitados, ordenados y practicados. Implica por lo tanto, la continua y permanente confrontación de criterios entre la Administración y los administrados o entre estos últimos, incluso desde antes de que la Administración adopte cualquier tipo de decisión y, hasta el momento final en que se agoten la totalidad de instancias, que deban desarrollarse ante la Administración en un caso determinado.³⁰

Específicamente, procurando identificar las características de la contradicción en Sentencia C-150 de 1993 de la cual fue ponente el doctor Fabio Morón Díaz, sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente : “...La contradicción es la incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a

28. Corte Constitucional. Sentencia T-520; *Op. Cit., supra* nota N° 23.

29. Corte Constitucional. Sentencia T-538 de noviembre 29 de 1994 ; M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. El debido proceso y el acceso son derechos fundamentales que obligan a interpretar las normas procesales como instrumentos puestos al servicio del derecho substancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de los asuntos sometidos a consideración de los jueces. Se impone, por lo tanto, adoptar la interpretación que tome en cuenta el espíritu y finalidad de la norma y que sea más favorable para la efectividad del derecho fundamental.

30. Luciano Parejo Alfonso y otros. *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 4a. ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1996, p. 431 y 432. Puede consultarse igualmente Allan R. Brewer-Carías. *Op. Cit., supra* nota N° 11, p. 151.

la vez verdaderas, por cuanto una de ellas afirma o niega lo mismo. Así, el principio de contradicción ha sido definido por la doctrina como el fundamento lógico y metafísico que establece, como uno de los criterios de la verdad la imposibilidad absoluta de ser o no ser algo al mismo tiempo en el mismo lugar y con identidad completa de las demás circunstancias... con el acatamiento al principio de contradicción, se cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado... actúa como un contrapeso obligatorio, respetuoso de los derechos humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado, sindicado o procesado...”.

En cuanto se refiere a su aplicación específica a las actuaciones administrativas y tratando de integrar alguno de los elementos que pueden ser típicos de su aplicación a este específico ámbito del derecho, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, ubica la contradicción como una de las características garantísticas del Debido Proceso fundamentadoras del Derecho de Defensa. Precisamente al respecto, sostuvo lo siguiente: “...El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Esta garantía procesal reconocida a la persona, tiene como finalidad que ella no pueda resultar sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozcan las oportunidades establecidas por la ley para intervenir y defenderse...”³¹.

Similar posición asume la Corte Constitucional, en Sentencias T-460; del julio 15 de 1992, y T-520, del septiembre 16 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo ; Sala de Revisión No. 3. Por otra parte igualmente, la Sentencia T-145; del abril 21 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, destaca la relación entre el Derecho de Defensa y la contradicción como integrante del concepto de debido proceso en los siguientes términos, “... la notoriedad de la infracción y la posible prueba objetiva de la misma, no justifica una sanción que prive de cualquier elemental garantía de defensa al inculpado, quedando esta reducida al mero ejercicio posterior de los recursos administrativos. Estos están instituidos en favor de la administración para darle la ocasión de enmendar errores con virtualidad de desencadenar la responsabilidad patrimonial

31. Corte Constitucional. Sentencia T 540; de septiembre 24 de 1992. Sala de Revisión No. 2. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



del Estado y no son propiamente una oportunidad imparcial y previa para el ejercicio del derecho de defensa... en consecuencia, carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso...”.

3.3. El principio de igualdad.

El tratamiento a las personas relacionadas con la administración, debe ser siempre necesariamente igualitario³², esto es, a no ser objeto de discriminación y a obtener un tratamiento imparcial. En Colombia, conforme a la relación normativa de los artículos 13 y 209 constitucionales, constituye no solo un derecho fundamental de las personas, sino también un principio de la función administrativa, aplicable a todo procedimiento administrativo.³³

En este sentido, las actuaciones administrativas deben ser el resultado de un proceso donde las partes tengan igualdad de oportunidades para presentar, solicitar y controvertir las pruebas, con miras a demostrar la existencia de su derecho. Tales actuaciones deben ser adelantadas conforme a las disposiciones que regulan los procedimientos administrativos generales o especiales de forma tal que su desarrollo sea la garantía constitucional del derecho a la igualdad y al Debido Proceso, lo que lleva a sostener, que sin igualdad no puede existir realmente una garantía al Derecho de Defensa.³⁴

La Corte Constitucional se ha sujetado al anterior marco conceptual haciendo predicable el principio de igualdad dentro de cualquier actuación procesal, partiendo del postulado constitucional de que solo puede juzgarse a una persona “con observancia de las formas propias de cada juicio.” “...En primer lugar, lograr la igualdad real... En el campo

32. Luciano Parejo Alfonso y otros. *Op. Cit., supra* nota N° 30, p.432.

33. Allan R. Brewer-Carias. *Derechos y Garantías Constitucionales*, Tomo IV de Instituciones Políticas y Constitucionales, 3. ed., Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal, 1996, p. 223 y 224.

34. Corte Constitucional; Sentencia T- 238; de mayo 30 de 1996; M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

procesal... se logra al disponer que todos sean juzgados por el mismo procedimiento. Excepcionalmente, la propia Constitución consagra un fuero especial para algunos funcionarios, a causa de razones particulares. La regla general, encaminada a garantizar la igualdad, determina el establecimientos de competencias y procedimientos iguales para todas las personas... en principio sin excepción, sometidos al mismo proceso para demandar o para defenderse de la demanda, garantiza eficazmente la igualdad... El someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales, no sólo garantiza el derecho de defensa: realiza, en primer lugar y principalmente, el principio de la igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia. Y asegura eficazmente la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad del procedimiento”.³⁵

3.4. El principio de legalidad.

Entendido el principio de legalidad como inherente al Estado de derecho, regula, en todos los sentidos, el ejercicio del poder público, en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar el cumplimiento de las finalidades estatales. No siempre en la historia de la humanidad se ha predicado con tanto empeño la necesaria y obligante sumisión de los poderes públicos al orden jurídico. Es precisamente con la institucionalización del Estado cuando comienza a identificarse el principio de legalidad, como una limitante al poder absoluto que en otrora caracterizará su ejercicio, y una garantía de convivencia y de seguridad para los asociados.³⁶

En su relación con la función administrativa del Estado, el principio de legalidad de los actos administrativos surge igualmente, de manera simultánea, con la institucionalización del poder. De aquí que constituya el punto de partida para el entendimiento del Derecho de Defensa, en cuanto determinante de la seguridad y estabilidad jurídica que implica la existencia de normas procesales.

En esta perspectiva, entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de los actos producidos por las autoridades de esta natura-

35. Corte Constitucional. Sentencia C-407; de agosto 28 de 1997. M. P. Jorge Arango Mejía.

36. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Op. Cit.*, *supra* nota N° 12.



leza, con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial. Es así como se observa un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero, a través del acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y/o particular el actuar del engranaje estatal; el segundo, sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria a las normas y reglas que ella misma ha elaborado en ejercicio de sus competencias.

Para que lo anterior resulte coherente, corresponde imprimirle al concepto de legalidad el sentido adecuado con los intereses generales. en la medida en que su dinámica no constituye un estrecho concepto de simple y automática sumisión de la decisión administrativa al precepto legal en su sentido formal. Por el contrario, el actuar de la administración y sus decisiones deben obedecer para efectos de su perfecta adecuación al ordenamiento a lo dispuesto en preceptos superiores, que incluyen, de manera concreta, las elaboraciones interpretativas de los ordenamientos y la jurisprudencia que le de alcance a las mismas. Razones por las cuales la legalidad asume dos esferas perfectamente delimitadas: una, la específica de la referencia a la ley, y dos, la legalidad con referencia a los principios, valores e interpretación jurisprudencial emanadas del estudio del ordenamiento positivo, y que en la realidad, orientan la aplicación de la norma. En este último caso se trata, indiscutiblemente, de la existencia de una legalidad dialéctica, substancial y orientadora que se edifica sobre la base de la función unificadora de la jurisprudencia por órganos como la Corte Constitucional y la jurisdicción Contenciosa Administrativa. Además de las anteriores aproximaciones al concepto de la legalidad, podemos identificar dos elementos importantes del fenómeno, los cuales aunados, permiten complementar cualquier intento de definición del mismo. Se trata de la legalidad formal o simple legalidad, que se caracteriza por su mera confrontación normativa, y la legalidad teleológica, que se edifica sobre la base de la permanente búsqueda y cumplimiento de las finalidades Estatales.³⁷

La Corte Constitucional, tratando de explicar la naturaleza del Debido Proceso y del Derecho de Defensa, ha abordado el problema vinculando los conceptos con los derechos fundamentales y el principio de legali-

37. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Op. Cit.*, *supra* nota N° 12.

dad, relacionándolos de manera didáctica, con el fin de esclarecer aun más su ámbito de aplicación, al respecto a señalado lo siguiente: "...el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es, pues, una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al Debido Proceso comprende no sólo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también en el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentren en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver..."³⁸.

Reiterando el criterio sistemático con que debe ser interpretado el ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales de la persona en toda actuación procesal, que permite entender las relaciones existentes entre derechos y garantías, ha expuesto la Corte lo siguiente: "... El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales. El derecho al Debido Proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. Una vez se ha particularizado el derecho que garantiza un Debido Proceso, este adquiere el carácter de derecho constitucional fundamental, en beneficio de quienes integran la relación procesal. De esta manera, quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, podrá invocar y hacer efectivo los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso..."³⁹.

38. Corte Constitucional. Sentencia T- 516; de septiembre 15 de 1992; Sala de Revisión No 5 . M. P. Fabio Morón Díaz.

39. Corte Constitucional. Sentencia T-572; de octubre 26 de 1992. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.



Los anteriores razonamientos son reiterados por la Corte, quien además, reconoce algunas características en procura de su consolidación como fenómeno del derecho material. “... Colombia, como Estado de derecho, se caracteriza porque todas sus competencias son regladas. Por Estado de derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo, por disposición de una norma. Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen. La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos y partes procesales... el Debido Proceso es el mayor celo en el respeto de la forma en los procesos sancionatorios. La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona en su dignidad, su personalidad y su desarrollo...”⁴⁰.

4. DERECHOS Y GARANTÍAS CONEXOS AL DERECHO DE DEFENSA.

Como lo advertimos al inicio de este trabajo, el Derecho de defensa no solo se vincula sistemáticamente con algunos otros derechos de origen constitucional, sino que igualmente es el punto de partida para lo que la doctrina denomina el más amplio abanico de cobertura prácticamente inagotable de garantías, las cuales evidentemente resultan conexas al Derecho de Defensa, dándole contenido y permitiendo su entendimiento y cabal aplicación. La doctrina colombiana ha sido explícita al identificar este fenómeno peculiar de la institución.

El profesor Didimo Paez Velandia, al referirse al Derecho de Defensa, señala que la Constitución en su artículo 29, determina una serie de

40. Corte Constitucional. Sentencia T-521; de septiembre 19 de 1992 ; Sala de Revisión No. 4 M. P. Alejandro Martínez Caballero. Puede consultarse igualmente, la Sentencia T-393; de septiembre 7 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell, quien complementando esta idea, agrega como elemento importante del Debido Proceso, el de la práctica de pruebas y controversia de las mismas, que constituyen a todas luces, un derecho constitucional fundamental.

derechos que “... en el fondo constituyen uno con carácter de fundamental y que está íntimamente ligado con el derecho al debido Proceso ; es el llamado el Derecho de Defensa. Ahora bien, a partir de esta consagración, se hacen desprender algunos derechos y garantías tales como los de la defensa técnica, prueba para la defensa, contradicción e impugnación.⁴¹

La doctrina latinoamericana ha recogido similar interpretación⁴², por estas razones se admiten como derecho y garantías conexos con el Derecho de Defensa entre otros, el de ser oído, participar, obtener notificaciones, acceso al expediente, solicitar y participar en la práctica de pruebas, la defensa técnica y la impugnación de las decisiones administrativas. Se trata de todo un marco de intereses procesales directamente radicados encabeza de todo sujeto relacionado con la Administración y que obligan a esta a brindar las más amplias garantías tendientes a su protección antes y después de la adopción de cualquier decisión, en procura de la consolidación del derecho material.

4.1. Ser oído.

Tradicionalmente el derecho de toda persona a ser oída en un proceso y las consecuentes garantías que se le deben brindar con el objeto de materializar las finalidades del mismo son consideradas el punto de partida para la comprensión del Derecho de Defensa. No obstante, una aproximación al derecho de audiencia y a las garantías que de él emanan, permiten visualizar integralmente el más amplio campo de confluencia de los denominados derechos y garantías conexos con el Derecho de Defensa, en la medida, en que necesariamente al abordar su contenido se está haciendo referencia de manera directa a otros derechos y garantías conexos, como los de participación previa, solicitud de pruebas y algunos otros, si se tiene en cuenta, que no se puede entender el oír una persona en el proceso, si previamente no se lo ha permitido su ingreso al mismo, y por otra parte, que si se pretende oír a un sujeto procesal, la audiencia se debe concretar en la contradicción de los elementos probatorios allegados o solicitados.

41. Didimo Paez Velandía. Significado y Alcance del Debido Proceso, en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia, N° 51, septiembre-diciembre de 1993, p. 139.

42. Allan R. Brewer-Carías. Op. Cit., supra nota N° 33, p. 228.



Sobre esta base resulta imposible entender la audiencia de manera independiente o autónoma. Considerarla así sería una actitud torpe y perjudicial para el Derecho de Defensa y para las garantías con que debe contar toda persona en procura de la protección de sus derechos fundamentales en el proceso. La audiencia es eminentemente dinámica e interactiva. Constituye la columna central de la construcción de un Derecho de Defensa material en la medida en que determina la dialéctica y controversia natural que implica en concepto de defensa.

Doctrinalmente, se le vincula con el principio de *audi alteram partem*, es decir con la necesidad natural, emanada de todo proceso construido sobre la base del respeto al principio de igualdad de escuchar las razones de nuestros contradictores. Para la profesora Hildegard Rondón de Sansó, implica la configuración del principio de la participación intersubjetiva en el proceso administrativo con el fin primordial de hacer efectivo el principio constitucional de la contradicción, o del derecho que tiene las partes interesadas a que se les garantice el enfrentamiento y el debate en torno de todo aquello que pueda crearles situación jurídica.⁴³

En derecho colombiano el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo señala como presupuesto de legalidad de cualquier decisión de la administración pública la de estar precedida todas las garantías necesarias para que las personas interesadas expresen sus opiniones. En otras palabras, que con el desconocimiento de audiencia se vicia de nulidad los actos administrativos.

La Corte Constitucional, en providencia de noviembre de 1996⁴⁴ al revisar el proceso de acción de tutela instaurado contra la unidad de investigaciones de la Contraloría General de la República, unificó, en nuestra opinión de manera oportuna, algunos criterios básicos para el entendimiento del debido proceso, y de los derechos y garantías referentes al Derecho de Defensa en la totalidad de actuaciones administrativas, que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de

43. Hildegard Rondón de Sansó y otros. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección de Textos Legislativos, N° 1, 7. ed., Editorial Jurídico Venezolano, Caracas, 1993, p. 87.

44. Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia SU-620 de noviembre 13 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

esta naturaleza. De manera concreta, la Corte determinó la doctrina constitucional a seguir en el siguiente asunto:

Actividad unilateral de la administración en las actuaciones administrativas: al respecto sostiene que es posible la presencia de actividad unilateral de la administración en una actuación administrativa, pero sólo hasta el momento en que deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado correspondiéndole garantizar, por ese sólo hecho, sus derechos fundamentales. Al respecto sostuvo la Corte lo siguiente: "... ningún reparo encuentra la sala a la unilateralidad de la actuación surtida dentro de las indagaciones preliminares, encaminadas fundamentalmente a establecer en forma objetiva la posible existencia de hechos o circunstancias ...sin determinar a unos responsables concretos. Tampoco encuentra la Sala contraria a la garantía del debido proceso que en una fase de la etapa de investigación se conserve la actuación unilateral de la administración, por la exigencia de mantener la reserva requerida e impedir que su conocimiento o publicidad pueda permitir la destrucción o manipulación de las pruebas o la interferencia de extraños y aún de los posibles implicados que la hagan fracasar. De este modo, el proceder unilateral de la administración se justifica por la necesidad de que pueda establecer con certeza, objetivamente y libre de influencias e injerencias perniciosas los hechos investigados... y la identificación de los presuntos responsables...".

Ruptura de la actividad unilateral de la administración en las actuaciones administrativas con la consecuente iniciación plena de la totalidad de garantías del debido proceso. Sobre este aspecto la Corte destacó, que si bien es cierto, aceptaba un período de actuación unilateral de la administración, de todas formas, una vez identificado plenamente cualquier sujeto que pueda resultar afectado con sus decisiones, la administración debe brindar la totalidad de garantías que se desprenden del debido proceso. Al respecto indicó: "... Pero necesariamente el avance de la investigación puede determinar que en un momento dado exista un acopio de pruebas que permitan deducir con claridad la existencia y naturaleza de los hechos constitutivos de las infracciones y establecer la identidad de los autores o partícipes. En tal circunstancia, y dada la situación de desigualdad en que se encuentran estos, se impone la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso con el fin de restablecer



una igualdad o balance entre la verdad establecida por la administración, que surge de la actuación que ha adelantado y que pone en duda la inocencia del posible imputado, y la verdad que este puede ofrecer al permitírsele ser oído y en aportar, así sea preliminarmente y antes del juicio la prueba de sus descargos...”. De esta manera, no solamente se garantizaría su derecho de defensa sino que se contribuiría, de manera eficaz, a lograr la certeza que implica todo proceso dentro de un ámbito de economía.

Respecto al derecho de defensa, dentro de la actuación administrativa, sus características y la necesidad de su configuración desde el mismo momento que se advierta la presencia de persona determinada, indicó la Corte lo siguiente: “... La defensa ...requiere ser unitaria continua y permanente...”. Esto es, que nace desde el mismo momento en que se genera la duda para la administración sobre la conducta o los derechos involucrados en una actuación administrativa. Por esta razón, sólo y exclusivamente a partir de ese instante, y bajo tales condiciones, se le debe dar oportunidad a la persona investigada, de ser oído en relación con los hechos investigados, de solicitar y aportar pruebas e intervenir en su práctica...”.

Como se observa, la tendencia de jurisprudencia nacional es la de insistirle a la Administración de que los compromisos frente a los intereses de las personas involucradas en un proceso, no se cumplen actuando unilateralmente, sino por el contrario, asegurándose de que de manera anticipada a cualquier decisión, la persona debe haber sido convocada para efectos de garantizar la contradicción a partir de la audiencia. Precisamente, al resolverse un problema de tutela, en razón a una actividad unilateral de la Administración, donde se careció por completo de la presencia previa de una ciudadana, indicó la Corporación lo siguiente : “...La joven no fue previamente oída sobre su versión de los hechos, ni se le informó directamente de la decisión y si contra ella procedían recursos, y es, en este punto concreto, donde reside la vulneración. La prohibición se le hizo en forma definitiva, tal como lo ordena la ley, pero sin establecer un límite en el tiempo. Pues, en principio, prohibir algo en forma definitiva no significa, necesariamente, que no se pueda fijar un límite razonable durante un periodo determinado. La Sala tutelaré el derecho al debido proceso, por el hecho de que no

fue oída, ni debidamente notificada del acto administrativo mediante el cual se le prohibió el ingreso a los establecimientos carcelarios...”^{4 5}

4.2. Hacerse parte o a la participación en el proceso.

Consecuencia inevitable de lo expuesto es que la Administración debe garantizarle a toda persona que pueda resultar afectada con sus decisiones, la presencia inmediata en el proceso administrativo, con el fin de que haga valer sus derechos, utilizando para tales efectos la totalidad de los instrumentos procesales que el legislador le ha puesto a su disposición.

A este derecho se le conoce en la doctrina como el de la participación en el proceso, que consiste básicamente en hacerse parte a título de interesado. En los eventos, en que no obstante posea el interés necesario, pero aún se encuentre por fuera del proceso y la Administración advierta su existencia, a que se le tenga como un tercero interesado con la vocación suficiente para ser parte procesal, situación que obliga a la Administración a realizar las actuaciones procesales conducentes para su convocatoria al proceso.

El principio de la participación implica el que la doctrina denomina como el de derecho a tener acceso a la totalidad de la documentación y demás elementos contenidos en el expediente administrativo. Sería absurdo pensar que al proceso administrativo tan solo se llega como un mero espectador, pasivo y sin mayores posibilidades de acción. La primera actuación de quien participa procesalmente con la Administración es la de analizar el acervo documental que como garantía se le debe haber puesto a su disposición por las autoridades. El artículo 29, inciso final del Código Contencioso Administrativo, garantiza este derecho en cuanto se refiere a los documentos no reservados.

En derecho colombiano se observa la configuración de este derecho y garantía a partir de la lectura del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo que ordena a la Administración de que antes de la adopción de cualquier decisión, debe haber dado “...oportunidad a los interesados...” de participar con ella en todos los aspectos previos o requerimientos legales para la existencia de un acto administrativo.



4.3. Ser notificado.

La notificación es un fenómeno inherente al Estado de derecho y a la seguridad jurídica que conlleva el principio de legalidad. Hace parte integrante del principio de la transparencia y de la publicidad de la totalidad de las actuaciones y decisiones de la Administración como reflejos indiscutibles de toda la sociedad democrática. En tratándose del Derecho de Defensa, constituye la piedra orientadora y vinculante entre la Administración y las personas interesadas, para efectos de hacer efectivas las situaciones jurídicas, en consecuencia, todo el aparato de control y controversia establecido en las normas de procedimientos.

En derecho colombiano, la convocatoria al proceso establecida en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, al igual que los llamamientos a los terceros y demás personas interesadas son antecedentes importantes del principio de publicidad tendiente a garantizar el Derecho de Defensa. Igual naturaleza ostentan las notificaciones, publicaciones y comunicaciones que se ordenan a partir del artículo 43 del mismo ordenamiento procesal administrativo.

La Corte Constitucional ha sido clara y explícita en este sistema de garantías. Al respecto, sostiene que "... Cuando la administración aplica una norma legal, que al mismo tiempo limita un derecho, la decisión correspondiente debe ser no sólo producto de un procedimiento, por sumario que este sea, sino que la persona afectada, sea informada de la determinación, pues se trata de un acto administrativo..."⁴⁵.

En cuanto a los efectos jurídicos de la publicidad y sus relaciones con el Derecho de Defensa ha indicado la Corporación lo siguiente : "...La notificación de las providencias que se profieran dentro del proceso y que afectan a las partes, define el momento exacto en que una información oficial ha sido comunicada a ellas, asegurándoles la posibilidad de hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico ofrece para la protección de sus intereses, dentro del término que otorga la ley. Cuando una notificación no se adelanta en la forma establecida por la ley, se incurre en una causal de nulidad. Si la parte afectada por la

45. Corte Constitucional. Sentencia T-359; de agosto 5 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.

46. Corte Constitucional. Sentencia T-359; *Op. Cit.*, *supra* nota N° 45.

indebida notificación actúa dentro del proceso, según el contenido de la providencia, sana esa nulidad...”⁴⁷. “...La notificación de los actos administrativos, como factor esencial del debido proceso, tiene el sentido de asegurar el derecho de defensa de los administrados, quienes, una vez conocedores de lo que se ha resuelto en asuntos de su interés, pueden acudir a los recursos por la vía gubernativa o directamente a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando el recurso previsto no es indispensable, con el objeto de obtener la nulidad del acto y el restablecimiento de los derechos que, en su sentir, le fueron vulnerados. Faltando la notificación personal, la administración debe proceder a fijar el edicto. Si no lo hace, viola el debido proceso, pues hace secreto un acto que el particular implicado tiene el derecho a conocer...”⁴⁸

4.4. Solicitar y participar en la práctica de pruebas.

La base substancial de la contradicción, luego del Derecho de Defensa se ubica indiscutiblemente en la posibilidad de tener amplio acceso a los medios probatorios y a sus debates con el fin de producir decisiones sustentadas fáctica y jurídicamente. Sobre este aspecto el profesor Hernando Devis Echandía identifica la necesidad de la prueba y de la participación de los interesados en su práctica, como uno de los principios sustentadores del sistema probatorio. “...Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión... estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados...” o por la Administración, nunca pudiendo provenir del conocimiento privado de los hechos, “... porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio y el Derecho de Defensa...”⁴⁹.

Ahora bien, lo importante y trascendental para el Derecho de Defensa, además de la necesaria presencia de la persona interesada antes de cualquier decisión, es que el principio de la contradicción se traslade al ámbito de la prueba dentro de la actuación administrativa. Esto es, que la

47. Corte Constitucional. Sentencia T-238; *Op. Cit., supra* nota N° 31.

48. Corte Constitucional. Sentencia T-352; de agosto 13 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández.

49. Hernando Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II, 10 ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p.15 y SS.



parte contra la cual se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla, discutirla, debatirla y, si es del caso, solicitar todas aquellas, que al momento de hacer la evaluación en conjunto, permita contrarrestar las que le fueron opuestas.

En el Código Contencioso Administrativo colombiano, los artículos 3, 34 y 35, le dan base y sustento a este derecho y garantía. En primera de las disposiciones se consagra entre otros el principio de contradicción. En el artículo 34, se regula de manera amplia el régimen probatorio, indicando que “...durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado...”. De acuerdo al artículo 57 del mismo ordenamiento, serán admisibles todos los medios de pruebas señalados en el Código de Procedimiento Civil. Por último, el artículo 35 impide que se adopte una decisión si previamente no se han aportado a la actuación administrativo las pruebas e informes que sean necesarios.

“... Debido proceso no es simplemente el que establezca la ley, sino aquel que garantice la imparcialidad del juez, su independencia y autonomía, así como el derecho de defensa, que comprende la posibilidad de controvertir las pruebas presentadas en contra del demandado, la de aportar las propias y de ser oído y asistido por un abogado, escogido por él o en su defecto nombrado de oficio, respetando el derecho de recurrir a las decisiones interlocutorias. La actuación debe adelantarse sin dilaciones injustificadas, observando los términos procesales con diligencia y la plenitud de sus formalidades, con prevalencia del derecho substancial...”⁵⁰ .

4.5. Defensa técnica.

En materia administrativa, se hace necesario reclamar la defensa integral de las personas involucradas en una actuación, Implica lo anterior, que no solo se le brinden a la persona interesada las garantías a que

50. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ; Sentencia de febrero 24 de 1994, C. P. Joaquín Barreto Ruíz.

hemos hecho referencia, sino también, que se le permita estar asistido por su apoderado o defensor en los casos en que los procedimientos administrativos revistan tal complejidad, o el sujeto, en razón de sus limitaciones, se considere impotente para atender los requerimientos legales de la Administración.

El anterior planteamiento, reviste aún mayor importancia en los momentos actuales, si se tiene en cuenta los avances de las administraciones modernas y los tipos de materias que se discuten permanentemente ante ellas, que hacen prácticamente imposible, que un simple ciudadano o una persona con elemental formación pueda asumir con precisión y certeza de manera directa la protección de sus intereses. Por esta razón, insistimos en la necesidad de reclamar para el proceso administrativo, si se espera que en él verdaderamente reinen la igualdad y la contradicción, que se postule como un elemento indispensable del mismo la llamada defensa técnica, a cargo de personas profesionales en las materias jurídicas discutibles con la Administración.

El profesor Jaime Bernal Cuellar al analizar este especial aspecto del Derecho de Defensa, destaca que : "... en este orden de ideas, el derecho a aportar pruebas, el derecho de contradicción a la prueba o el derecho de impugnación, surgen como corolarios del proceso mismo, pues no es proceso aquel que no permita resolver el conflicto en igualdad de condiciones y ello implica el ejercicio de la contradicción garantizado por la igualdad. De manera pues, que sin defensa técnica, no existirá verdadera contradicción pues de una parte se encuentra el representante de los intereses de la sociedad, quien es un profesional de la Ciencia Jurídica y del otro, un ciudadano cuyo único vínculo con el derecho nace, en principio, con su transgresión..."⁵¹.

La defensa técnica debe garantizarse durante todas las etapas del proceso administrativo. Desde el inicio de las mismas hasta el momento en que se adopte la decisión definitiva, de lo contrario, podría configurarse una causal de nulidad por violación al Debido Proceso y Derecho de Defensa, es decir, por desconocimiento de las exigencias constitucionales respecto de la protección de los derechos fundamentales. Incluso podría pensarse en materia administrativa, tal y como lo ha expresado la

51. Jaime Bernal Cuellar. *La Defensa Técnica*, escrito no publicado, Santafé de Bogotá D.C., 1997, p. 4.



Corte Suprema de Justicia en materia penal, también se desconocería la defensa técnica en los eventos de una ineficaz actividad procesal del apoderado o defensor de la persona interesada que podría llevar a un desconocimiento sistemático de sus derechos fundamentales.

Desafortunadamente la jurisprudencia colombiana muy poco es lo que ha avanzado sobre esta materia. No obstante, el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo permite que a título potestativo, los abogados en ejercicio puedan ser apoderados en as actuaciones administrativas, en especial, durante el período de la vía gubernativa.

La Corte Constitucional precisamente al analizar el elemento del apoderado como abogado de manera general para todos los procesos, en cuanto elemento indispensable para una debida defensa técnica ha indicado lo siguiente: “...Las normas acusadas referentes a la exigencia de la calidad de abogado para intervenir en los procesos judiciales o actuaciones administrativas, obedecen al designio del legislador de exigir una especial condición de idoneidad - la de ser abogado - para las personas que van a desarrollar determinadas funciones y actividades que por ser esencialmente jurídicas y requerir, por consiguiente, conocimientos, habilidades y destrezas jurídicos, necesariamente exigen un aval que comprueba sus calidades, como es el respectivo título profesional. Igualmente, necesidades relativas a la eficacia y a la eficiencia del servicio público, a la protección de los intereses públicos o sociales de la comunidad y a la buena y recta administración de justicia, hacen legítima la regulación del legislador, en el sentido de exigir que personas con la calidad de abogados sean las únicas habilitadas para intervenir en los procesos judiciales y actuaciones administrativas, salvo las excepciones que aquél establezca...”⁵².

Agrega la Corporación como complemento de lo anterior la necesidad de relacionar el Debido Proceso y el Derecho de Defensa con la presencia en el correspondiente proceso de una persona formada jurídicamente. “...Una de las formas de garantizar el debido proceso y, concretamente, el derecho de defensa del procesado es la que permite al sindicado la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la

52. Corte Constitucional. Sentencia C-69; de febrero 22 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

investigación y el juzgamiento... Quien obre en representación del procesado debe ser un profesional idóneo que dado su conocimiento especializado en la materia, garantice plenamente los derechos fundamentales del procesado y haga respetar el debido proceso, pues la falta de diligencia por parte del apoderado en el cumplimiento de sus deberes da lugar a la imposición de sanciones disciplinarias...”⁵³.

“...La Constitución Política consagra garantías como la presunción de inocencia, la posibilidad de solicitar y controvertir pruebas, la de impugnar la sentencia condenatoria y la de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; pero además, que el sindicado cuente con la asistencia de un abogado, escogido por él o de oficio, durante la etapa de investigación y la de juzgamiento, sin que pueda designarse a cualquier persona para que asuma la defensa, y sólo en casos excepcionales, en los que no se pueda contar con la asistencia de un profesional del derecho, puede encomendarse esta función a quienes reúnan, al menos, la calidad de egresados de una facultad de derecho... Para que pueda hablarse de una verdadera garantía del derecho de defensa en materia penal, la representación del sindicado debe ser ejercida por alguien que posea la idoneidad para desempeñar esa tarea en forma adecuada y eficaz, es decir, un abogado titulado o una persona que haya culminado estudios de derecho, pues ellos cuentan con la formación profesional necesaria para garantizar el cumplimiento de las formas que exige el debido proceso. Se viola el derecho de defensa cuando, se confía la asistencia legal del sindicado en un proceso a una persona alfabeto y honorable, pero carente de los conocimientos jurídicos necesarios, pues lo que busca la Constitución es garantizar que la persona vinculada a un proceso penal cuente con una defensa idónea...”⁵⁴.

4.6. Impugnar las decisiones administrativas.

El Derecho de Defensa incluye que la persona interesada goce de todas las oportunidades posibles para debatir no solo los argumentos y pruebas aportadas a la actuación administrativa, sino también, las decisiones



de fondo que se adopten y que eventualmente puedan vulnerar sus derechos o intereses. Se trata de una proyección adicional del principio constitucional de la contradicción, con el fin específico de abordar materialmente las decisiones interlocutorias y las definitivas producidas por la Administración en desarrollo de una actuación administrativa.

El Código Contencioso Administrativo colombiano, en su artículo 47, ordena que en todo acto de notificación o publicación se deberán indicar los recursos que legalmente proceden contra las decisiones administrativas y las autoridades ante quienes deben interponerse. De no ser así o en los eventos en que la Administración perturbe el ejercicio de los recursos ordinarios, el Código, en su artículo 135, sanciona esta actitud de la Administración permitiendo que los interesados acudan directamente a la jurisdicción contenciosa administrativa.

El Consejo de Estado, en pronunciamiento sobre este derecho y garantía, ha indicado que “...en suma, para que el interesado esté en capacidad de ejercer debidamente su Derecho de Defensa frente a un acto que le es desfavorable o que lesiona intereses suyos, el funcionario correspondiente debe indicarle que recursos administrativos pone la Ley a su disposición. Sino obra así, hace creer al interesado que no procede ningún recurso y que, por lo tanto, está agotada la vía gubernativa...”⁵⁵

53. Corte Constitucional. Sentencia C-488; de setiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

54. Corte Constitucional. Sentencia T-240; de mayo 30 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

55. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de julio 3 de 1982.



BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, CESARE.

De los Delitos y de las Penas, Temis, Santafé de Bogotá D.C., 1990.

BERNAL CUELLAR, JAIME.

El Debido Proceso y Esquema Procesal Colombiano, XV Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal, Santafé de Bogotá D.C., 1996.

La Defensa Técnica, escrito no publicado, Santafé de Bogotá D.C., 1997, p. 4.

BERNAL CUELLAR, J. Y MONTEALEGRE LYNETT, E.

El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1997.

BREWER-CARIAS, ALLAN R.

Derechos y Garantías Constitucionales, Tomo IV de Instituciones Políticas y Constitucionales, 3. ed., Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal, 1996.

El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

Principios del Procedimiento Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

CASSESE, SABINO.

Las Bases del Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO.

Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo II, 10 ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.

FRAGA, GABINO.

Derecho Administrativo, Porrúa, México, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO.

La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

GIMENO SENDRA, VICENTE.

Constitución y Proceso, Tecnos, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS.

Las Prerrogativas de la Administración en el Procedimiento Administrativo, publicado en **Procedimiento Administrativo**, Uasta, Tucumán, 1982.

LINARES, JUAN FRANCISCO.

Razonabilidad de las Leyes. El Debido Proceso como Garantía Innominada en la Constitución Argentina. Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos, Buenos Aires, 1970.

MERKL, ADOLFO.

Teoría General del Derecho Administrativo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MOLES COUBET, ANTONIO.

Introducción al Procedimiento Administrativo, en **Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración**, Vol. IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980-81.

ORTIZ-ALVAREZ, LUIS A. Y LEJARZA A., JACQUELINE.

Constituciones Latinoamericanas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

PAEZ VELANDIA, DIDIMO.

Significado y Alcance del Debido Proceso, en **Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas**. Universidad Externado de Colombia, N° 51, septiembre-diciembre de 1993.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO y OTROS.

Manual de Derecho Administrativo, Vol. 1, 4. ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1996.



PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO.

El Derecho de Defensa, en la **Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas**, Universidad Externado de Colombia, N° 41 y 42, mayo-diciembre de 1990.

RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD y OTROS.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Colección de Textos Legislativos, N° 1, 7. ed., Editorial Jurídico Venezolano, Caracas, 1993.

SAAVEDRA ROJAS, EDGAR Y GORDILLO LOMBANA, CARLOS.

Derecho Penal Internacional, Tomo I, Derechos Humanos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santafé de Bogotá D.C., 1995.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO.

Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1998.

SUAREZ SANCHEZ, ALBERTO.

El Debido Proceso Penal en Colombia, en **Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas**, Universidad Externado de Colombia, N° 45, septiembre-diciembre de 1991, p.86.

TAFUR GALVIS, ALVARO.

El Concepto de Acto Administrativo en el Nuevo Código, en la **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, N° 65, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, abril-junio de 1984.

TAMAYO, ROLANDO Y SALMORÁN.

Introducción al Estudio de la Constitución, UNAM, México, 1986.

VIDAL PERDOMO, JAIME.

Principios Generales que Rigen la Nueva Legislación Contenciosa-administrativa, en la **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, N° 65, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, abril-junio de 1984.



**SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
Y DEL CONSEJO DE ESTADO**

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia SU-620 de noviembre 13 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-407; de agosto 28 de 1997. M. P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia C-488; de septiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Diaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-69; de febrero 22 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T- 496; de agosto 1 de 1992. Sala de Revisión N° 6, M. P. Simon Rodriguez Rodriguez.

Corte Constitucional. Sentencia T-238; de mayo 30 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T-240; de mayo 30 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T-301; de julio 10 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-352; de agosto 13 de 1996, M. P. José Gregorio Hernandez.

Corte Constitucional. Sentencia T-359; de agosto 5 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T-393; de septiembre 7 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T-516; de septiembre 15 de 1992; Sala de Revisión No. 5. M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-520; de septiembre 16 de 1992, Sala de Revisión No. 3. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia T-521; de septiembre 19 de 1992 ; Sala de Revisión No. 4 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-538 de noviembre 29 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-540; de septiembre 24 de 1992. Sala de Revisión No. 2. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-572; de octubre 26 de 1992. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia de febrero 24 de 1994, C. P. Joaquín Barreto Ruíz.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de julio 3 de 1982.

**EL PRINCIPIO DE CONFIANZA
LEGITIMA EN EL DERECHO VENEZOLANO**

Hildegard Rondón de Sansó



EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN EL DERECHO VENEZOLANO*

Hildegard Rondón de Sansó

Profesora de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: I. INTRODUCCION 1. Sobre el Alcance de la Confianza Legítima 2. Respecto al nombre utilizado. II. FUNDAMENTOS FILOSOFICO-JURIDICOS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA. 1. Base Filosófica. 2. Ubicación en la jerarquía normativa. III. LAS DIFERENTES FORMAS DE MATERIALIZACION DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA. 1. La confianza Legítima y la Actividad Normativa. 2. El control jurisdiccional de los actos reglamentarios fundados en la confianza legítima. 3. Confianza Legítima y Decisiones Jurisdiccionales. IV. LAS MATERIAS EN LAS CUALES SE APLICA EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA. V. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CONFIANZA LEGITIMA. VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA. VII. LAS CRITICAS AL CONCEPTO DE CONFIANZA LEGITIMA.

I. INTRODUCCION

1. Sobre el alcance de la “confianza legítima”

Con la noción de confianza legítima se alude a la situación de un sujeto dotado de una **expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses** y si bien se plantea frente a los poderes públicos y sobretodo, de la Administración, también puede surgir entre particulares, por lo cual no sería correcto limitarla a la esfera del Derecho Administrativo.

La nueva figura que analizamos, por una parte va a constituir la base de una nueva concepción de los vínculos que los poderes públicos (poder

* Ponencia presentada por la Dra. Hildegard Rondón de Sansó en las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Caracas, Venezuela. Noviembre de 1998. (Texto Provisional)

legislativo, administraciones públicas) y los entes de autoridad en general poseen frente a los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella, esperan se mantenga. Igualmente alude a la expectativa de otorgamiento de una ventaja jurídica, aun cuando no exista un texto expreso que lo avale -e incluso, en algunos casos especiales, que han sido admitidos-, podía encontrarse en contraste con una disposición o un conjunto de disposiciones (**contra legem**). Como se señalara precedentemente, los los fundamentos que inspiran la confianza legítima entrarán en juego en las relaciones entre particulares, o en las que se crean entre éstos y los entes públicos fundados en las reglas del Derecho Privado que, concepciones menos recientes denominaron como “*actos de gestión*”. En este último supuesto, la mayor incidencia de su aplicación opera en los vínculos precontractuales, y sobretodo, en los acuerdos preparatorios.

Lo extraordinario de la noción de la “*confianza legítima*” es justamente que excede, como lo hemos señalado, el ámbito de las instituciones que le sirven de fundamento, para ubicarse en un sitio que está muchas veces detrás de ellos o por encima de ellos, esto es, que puede constituir su sustento.

En Venezuela, aun cuando el Derecho Administrativo esté bastante desarrollado, tanto en su parte sustantiva, como en los aspectos procedimentales (procedimientos administrativos y contencioso-administrativos), se desconocía, hasta fecha relativamente reciente, la conceptualización y tratamiento unitarios de la figura de la confianza legítima, como una noción que engloba otras conocidas y dotadas de independencia. Es decir, no hay ninguna norma que aluda a la confianza legítima como una idea que cobije al concepto que, según la doctrina de avanzada, la conforma. Incluso, no existen artículos en nuestro derecho positivo que, aun cuando sea sólo en forma aislada la contemplan y definan expresamente, aún cuando varias disposiciones colocadas en diferentes textos, constituyen supuestos que se consideran como típicos o demostrativos de la confianza legítima. En efecto, una serie de fundamentos básicos del Derecho en un grado mayor o menor, han sido vinculados por la doctrina a la idea de la confianza legítima y están en su mayoría desarrollados en la esfera normativa, ellos son **la buena fe, el**



estado de derecho, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural.

La ausencia de la mencionada concepción unitaria no se plantea sólo en el campo legislativo, sino que se constata en la esfera jurisdiccional y en la doctrinaria. La anterior afirmación, es independiente del hecho de que las figuras que constituirían su fundamento y que precedentemente enunciáramos, tengan sin embargo, un amplio desarrollo y que, asimismo, instituciones que la conforman también lo detenten, como es el caso de la irretroactividad de los actos y las disposiciones referentes a la revocación.

A. Recepción en el derecho comparado.

El principio de confianza legítima ha sido admitido en tres de los grandes sistemas de derecho comparado: en el sistema del *common law*; en el sistema alemán y en el sistema latino (estamos haciendo abstracción de la familia latino-germánico como bloque; por el contrario, distinguimos las connotaciones específicas que tienen algunos de los regímenes que la integran).

En el sistema del *common law* la figura de la confianza legítima recibe el nombre de “*legitimate expectation*”. Hemos englobado -permitiéndonos una cierta licencia- en el grupo aludido, al Reino Unido a los Estados Unidos y Canadá como sus modelos representativos. Por lo que atañe al **Reino Unido** el alcance de la noción ha quedado limitada a una protección procedimental vinculada con las de justicia y equidad en el campo del proceso. Es decir, que alude esencialmente a la legitimación para el ejercicio de la acción y tiene esencialmente una connotación formal, noción que se amplía recientemente para hacerse comprensivo de un interés sustantivo. Muchas veces se la identifica con la figura del “*stoppel*” que prohíbe cualquier actuación revocatoria en detrimento de terceros; pero ésta no se aplica a la administración pública cuando actúa en el ejercicio de sus prerrogativas.

Por lo que atañe a **Canadá** igualmente la confianza legítima tiene el carácter de la *legitimate expectation* o equidad en el procedimiento, conservando por ello un contenido estrictamente procesal. Se menciona que

su aparición en la jurisprudencia se efectuó en el año de 1976 cuando la Corte de Apelación Federal utilizó la noción en el caso *Hardozal vs Minister of ManPower an Immigration* y más tarde la Corte de Apelaciones de Ontario en el año de 1978 hizo valer la noción. La Corte Suprema de Canadá se refirió a este concepto en dos decisiones: una del año 1990 y otra de 1991. Ahora bien, en Canadá existe igualmente la figura del “*stoppel*” que si bien no opera respecto a los poderes de las autoridades públicas; sin embargo puede ser invocado para oponerse al ejercicio de una facultad discrecional que la administración trate de ejercer, separándose con tal actuación de decisiones en sentido inverso. Estas decisiones –se estima- han creado una expectativa en los particulares. La figura del *stoppel* alude igualmente para el Derecho canadiense a “*la prohibición que se hace a una persona de retractarse de una seguridad que ha precedentemente dado que parecía vincularla definitivamente y en base a la cual otra persona ha actuado*”. Es decir, el *stoppel* significa una prohibición a la persona que ha otorgado ciertas seguridades de cambiar su criterio en detrimento de otros.

En los **Estados Unidos** no se acogió la evolución que la noción presentaba en los restantes países del *common law*, en el campo del derecho público; sin embargo la noción *legitimate expectation* es utilizada en la esfera de la contratación privada sobre todo en los contratos de seguro. En las sentencias en las cuales se aplica la noción no se expresa como un concepto particular y por el contrario adquiere el sentido de “*consistency*”, esto es de coherencia que puede traducirse respecto a la Administración en su deber de mantener una conducta coherente frente a los administrados.

El segundo sistema al cual hemos aludido es el alemán que se fundamenta en la idea del “*vertrauensschutz*”, (que viene de *vertrauen*: confianza) y alude a la protección de la confianza. A pesar de que la idea estuvo latente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de finales de los años veinte, el principio sólo adquiere su verdadero desarrollo a partir de 1950 como un producto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los Tribunales Administrativos. En efecto, en 1950 una sentencia del Tribunal Administrativo Federal utilizó la noción de *Vertrauensschutz* en materia de revocación de los actos administrativos y en 1961 la Corte Constitucional aludió al principio en el caso de la



aplicación retroactiva de un incremento de impuesto sobre las sociedades. En ambos casos, es apreciable la inclinación de los organismos jurisdiccionales de proteger las situaciones individuales frente al Estado como una reacción del sistema contra el régimen totalitario que había sido derrocado. Esta protección es de tal naturaleza que se opone incluso al legislador para impedirle modificar la Ley en una forma que lesione en forma excesiva los derechos adquiridos. En Alemania, el principio no sólo ha tenido consagración jurisprudencial, sino también se ha producido en la esfera legislativa, acogiéndola la Ley sobre el procedimiento administrativo no contencioso del 25 de mayo de 1976. La importancia que tiene la idea de la confianza legítima en el derecho alemán se agranda por el hecho de que la misma ha sido asumida o ha tenido una influencia fundamental en la gestación del derecho comunitario.

En **Francia**, a pesar de que la noción no tiene consagración legislativa, recientemente algunos organismos jurisdiccionales la han utilizado en materia fiscal y asimismo se aplicó en un caso concreto para fundamentar la responsabilidad por daños causados a una empresa en vista del radical cambio de un régimen administrativo sin que mediasen medidas transitorias.

En **España** se ha asumido el principio de confianza legítima por su sometimiento a la jurisprudencia del Tribunal Comunitario. La primera aplicación de este principio por la Corte Suprema se produjo en el año 1989.

Ahora bien, dos son los sistemas además del alemán que han marcado el afianzamiento de la noción en el moderno derecho público, ellos son el de los Países Bajos y el de las comunidades europeas. Por lo que atañe a los **Países Bajos** el primer caso que se cita en el cual se utiliza el principio de confianza legítima es una sentencia del año 1935 en materia del contencioso funcional, el segundo, derivado del derecho angloamericano se fundamenta en el sometimiento de la Administración a sus propias directrices en el ejercicio de sus poderes discrecionales. Finalmente, en la Ley de Procedimientos Administrativos aparece en numerosos casos tales como la limitación de la retroactividad en el de la revocación de los actos administrativos; en el respeto de la propia Administración a sus propias reglas y normas; promesas y contratos; pero también apare-

ce en la esfera jurisdiccional para limitar los llamados cambios de jurisprudencia.

Es sin embargo la Corte de Justicia de la Comunidades Europeas la que ha desarrollado más ampliamente el principio de confianza legítima equiparándolo esencialmente con el de seguridad jurídica. La primera referencia que el tribunal comunitario hiciera a la materia se encuentra en sentencias del año 1957; posteriormente aparece el reconocimiento expreso por parte de la jurisprudencia a partir de 1973; y a partir de 1981 ha sido considerado como un principio fundamental de la organización. Este principio rige esencialmente en materia de revocación de actos administrativo, de la irrevocabilidad, de la modificación de la reglamentación y de la mutabilidad del derecho comunitario. Obviamente el reconocimiento del principio de confianza legítima por el derecho comunitario ha tenido una influencia decisiva su recepción por parte de los derechos nacionales de los países miembros de la Comunidad Europea.

2. Respecto al nombre utilizado.

Una segunda acotación que estimo necesario hacer, es la relativa al nombre “*confianza legítima*” utilizado, que considero debería ser denominada con los términos **expectativa justificada** o, **expectativa plausible**, lo cual lo acerca a la acepción inglesa de la “*legitimate expectation*”. El cambio de designación sugerido, surge de la constatación de que hablar de confianza legítima, no sólo choca con la posibilidad de que la base de la situación esté constituida por una promesa no conforme con las normas, e incluso, contraria a las normas, sino que tales términos sugieren la idea del **interés legítimo**, particular figura que alude a una situación jurídica de menor grado que el derecho subjetivo, por ser una especial situación de hecho, en la cual un sujeto se encuentra, en virtud de la violación, por parte de la Administración, de una norma de relación que lo afecta en forma directa y personal. Justamente, el interés legítimo, cuya noción tiene especial desarrollo en el derecho italiano, ya que constituye el concepto esencial a través del cual se delimita la jurisdicción administrativa de la jurisdicción ordinaria, puede confundirse en algunos momentos con algunas de las manifestaciones de la confianza legítima.



La designación sustitutiva propuesta tiene a su favor, por lo que atañe al término *expectativa*, que el mismo alude a la noción central del concepto que no es otra que una situación de un sujeto expectante de una ventaja o beneficio, frente a otro, la cual deriva de la conducta de éste, que permite presumir por su constancia y reiteración, su voluntad de satisfacer tal pretensión.

La expectativa es así la situación de justificada espera de que se acceda al otorgamiento de los señalados beneficios. El calificativo **plausible** por su parte, alude a la existencia de un cúmulo de presunciones justificativas de la voluntad o intención del sujeto de quien se atiende el beneficio o satisfacción de la pretensión.

Como señalamos, hemos propuesto que se sustituya el término “**legítima**” por la expresión “**plausible**” por exigir el primero la sujeción de la expectativa a todos los requisitos de la normativa vigente, lo cual no es esencial en la situación objeto del presente análisis, que bien puede crearse incluso al margen de alguna disposición expresa, siempre que estén presentes, como elementos constitutivos: la expectativa de obtener un beneficio, fundada en la conducta del sujeto que presente elementos reveladores de una posible aquiescencia a satisfacer las pretensiones planteadas sobre la base de los mismos supuestos que determinaron su anterior proceder. Es decir, que de la anterior conducta del sujeto de quien se espera una actuación, resulta congruente presumir que procederá en el mismo sentido en que lo ha hecho en precedencia.

El nombre propuesto así, resulta perfectamente descriptivo del contenido esencial de la institución que cuenta con los siguientes elementos fundamentales:

A. *La conducta originaria.*

- a. La conducta de un sujeto, generalmente una Administración Pública, pero también cualquier ente público, o bien, un ente de autoridad e incluso, un particular.
- b. La conducta es reveladora de la disposición del sujeto que la ejerce de:

- b.1. Mantener determinada interpretación frente al mismo;
- b.2. Respetar las situaciones preestablecidas;
- b.3. No desmejorar la posición de los sujetos que dependen de su esfera de competencia.
- c. La conducta ha de ser constante, reiterada en forma tal de conformar una situación estable.

B. La expectativa.

- a. Un sujeto o un conjunto de sujetos está sometidos a una situación tácitamente destinada a obtener una determinada solución favorable.
- b. El sujeto o sujetos no han sido advertidos de decisión que pueda frustrar la consecución de sus fines.

II. FUNDAMENTOS FILOSOFICO-JURIDICOS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

1. Base filosófica.

Tal como lo señaláramos en la Introducción que antecede, en el Derecho Venezolano el principio no es reconocido como un concepto unitario y causa y efecto de ello es que no existe ninguna norma que lo defina en forma expresa, a pesar de que, como lo veremos, la idea que el mismo encierra se encuentra **en la base o en la consecuencia de varias instituciones, figuras y situaciones** ampliamente conocidas. Repetimos que hasta ahora no había sido divulgada la noción de confianza legítima ni existe entre nosotros ninguna obra del Derecho Administrativo básica o especializada que lo trate como una regla unitaria, de la cual deriven las situaciones que sí son reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia, e incluso, algunas, por la legislación, como veremos en el desarrollo de la presente ponencia.

La incipiente doctrina que se ocupa de la materia, ha tratado de fundamentar la institución en alguno o varios de los siguientes principios: *la buena fe, el estado de derecho, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural*. Si se intenta clasificar



las distintas fuentes expuestas por su contenido, indudablemente hay dos criterios que aparecen como relevantes en todos ellos; al efecto: el predominio de los elementos filosófico-jurídicos que están representados en **la equidad, los principios generales del derecho, los derechos adquiridos, y la justicia natural**. Frente a esa fundamentación subjetiva, está la de naturaleza objetiva, representada por **la seguridad jurídica, el estado de derecho y la cosa juzgada**.

A. *La buena fe (bona fides)*.

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado que, en su sentido semántico, alude a la conciencia, convicción o intención de no perjudicar a otro o de no violar la ley. Una variación de tal acepción, se refiere a la ausencia absoluta de la voluntad de causar daño. Siempre dentro del mismo orden de ideas, pero subjetivizado, alude a la correcta actuación del hombre medio y común de una sociedad, esto es, a la conducta del **“buen padre de familia”**.

El concepto de buena fe se modela de acuerdo con la materia en la cual se plantea su presencia. En el campo de los contratos, la alusión a la buena fe se refiere a la lealtad, honestidad y fidelidad. En la esfera de lo penal, se vincula con el sentido de credibilidad, ligada a la confianza. En el ámbito de los bienes, extensivo al Derecho de Familia, alude a la errónea conciencia o convicción, respecto de una situación de hecho ligada al derecho (posesión de buena fe, matrimonio putativo). En la esfera de la hermenéutica jurídica equivale a la equidad interpretativa, a la interpretación ampliada que rechaza las ideas taxativas. Dentro de las relaciones jurídicas en general, se identifica con la noción de confianza.

De todo lo anterior, podemos deducir que la buena fe como hecho ético-social, alude a la lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad y a la segura creencia o convicción de no lesionar a otro.

La buena fe como principio jurídico, configura una exigencia de lealtad y la equidad en la ejecución e interpretación de los contratos.

Son muchos los efectos jurídicos que le han sido atribuidos por la Ley, como es el caso de la posesión de buena fe ; del matrimonio putativo ; y de la revocatoria del mandato. Hay otros que son admitidos por la juris-

prudencia, como lo es el de la capacidad civil presunta y del matrimonio aparente ante terceros de buena fe.

No puede dejar de anotarse que la presunción de buena fe es uno de los elementos en los cuales este concepto se materializa.

Buena fe es así una noción jurídica, aludida en muchos textos de derecho positivo ; pero, si nos limitamos a los tres que son esenciales en todo sistema: la norma civil (el Código Civil), la penal (el Código Penal) y la procesal civil (el Código de Procedimiento Civil), podemos verificar su alcance a través de las siguientes regulaciones :

I.- En el *Código Civil* lo encontramos en materia de posesión, en la cual se establece la presunción general de buena fe al señalar el artículo 789 del Código Civil, lo siguiente:

“La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Bastará que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición”.

Aluden igualmente a la buena fe los artículos siguientes: 790¹, 791², 792, 793³ y 794⁴.

El artículo 1.160 del mismo Código Civil al aludir a los efectos del contrato, señala que:

*“Los contratos deben ejecutarse de **buena fe** y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.*

Más adelante el artículo 1.162 establece la preferencia al poseedor de buena fe aunque su título sea posterior en fecha. Al efecto dice el citado artículo que:

1. Artículo 790, relativo a la adquisición de los frutos por parte del poseedor de buena fe.
2. Artículos 791 y 792, que hacen referencia a las indemnizaciones por mejoras que los poseedores pueden pretender
3. Artículo 793 atinente al derecho de retención de los bienes por causa de mejoras.
4. Artículo 794 que establece los efectos de la posesión en relación con los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador.



*“Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por naturaleza, o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá la persona que primero haya tomado **posesión efectiva con buena fe**, aunque su título sea posterior en fecha”*

Otros artículos que aluden a la buena fe son el 557 en materia de derecho de accionar respecto de los bienes inmuebles y, en el mismo sentido el artículo 559.

Una de las menciones más importantes de la buena fe es el abuso de derecho contemplado en el primer aparte del artículo 1185 del Código Civil que señala:

“El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

*Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los **límites fijados por la buena fe** o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.*

Siempre en el campo de las obligaciones existe constante referencia a la buena fe, tal como se desprende de los artículos 1180⁵, 1181⁶, 1182⁷ y 1183⁸.

En materia de prescripción el artículo 1979 alude a la del **adquirente de buena fe** de un derecho real sobre un inmueble.

2.- Por lo que atañe al **Código de Procedimiento Civil**, el artículo 12 ejusdem, en su último aparte se refiere a las reglas de interpretación de los actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, respecto a los cuales se exige a los jueces se atengan al propósito e intención de las

5. Artículo 1180 que hace referencia al que recibió el pago de lo indebido de mala fe.
6. Artículo 1181 relativo al que recibe indebidamente y de mala fe una cosa determinada
7. Artículo 1182 atinente a quien recibe una cosa de buena fe y la enajena antes de conocer su obligación de restituirla
8. Artículo 1183 que consagra los gastos que debe cubrir aquél que hubiese restituido la cosa, aún al poseedor de mal fe.

partes, teniendo en mira “*las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe*”.

Como conclusión de la exposición que antecede resulta indudable que el término buena fe tiene no sólo una amplia gama de acepciones, sino que también, dentro de cada una de ellas cabe una infinidad de matices. Ahora bien, la noción de **expectativa plausible** o de confianza legítima resulta compatible con las distintas manifestaciones del concepto de buena fe y los matices que el mismo ostenta en los diferentes ámbitos en los cuales opera, por lo cual podemos considerar que sí puede constituir su válido fundamento de la nueva figura jurídica objeto de nuestro examen.

B. Fundamentación en la noción de Estado de Derecho.

La doctrina de los países en los cuales la confianza legítima se ha desarrollado, ha tratado de subsumirla en la noción genérica de **Estado de Derecho**, que entendemos como el sometimiento de todos los sujetos del ordenamiento jurídico a las reglas que el mismo establece. Tales sujetos son fundamentalmente el creador de la norma (el legislador), el ejecutor de la norma (el ejecutivo), el intérprete de la norma (el juez) y el destinatario de la norma (el actor). Los antes enunciados serían todos los sujetos del ordenamiento que están sometidos al cumplimiento de los postulados que de la norma derivan. En efecto, la noción del Estado de Derecho es la sujeción de los órganos públicos a sus propias disposiciones ; es la auto-atadura a la conducta que a través de la norma les ha sido impuesta.

La noción que quedara expresada puede constituir una fundamentación de la confianza legítima, en los casos en los cuales, bien la normativa, o bien la práctica administrativa, han mantenido determinados requisitos o condiciones para la atribución o reconocimiento de un derecho y, posteriormente, cambian los criterios originarios mediante nuevas normas o actuaciones derogatorias de las anteriores. En tales casos se estima que existía una sujeción de los autores de los actos y conductas, al estado originario, manteniéndose que tales cambios no pueden producirse en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los destinatarios para las transformaciones que habrán de producirse, por cuanto esto sería violatorio de las expectativas de los ciudadanos de



que se continúe aplicando el régimen preexistente. En nuestro criterio indudablemente que, más que el estado de derecho, lo que está en juego en la explicación que antecede son otros principios tales como el de seguridad jurídica o más específicamente la irretroactividad de las nuevas reglas dictadas. Esta última se consagra expresamente en el artículo 44 de nuestra Constitución que señala: *“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso ; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron”*. Ahora bien, la extensión de la disposición antes indicada no alcanza a situaciones que no se han configurado como verdaderos derechos (derechos adquiridos) y que tienen como contenido la simple expectativa de que los mismos sean acordados.

Este ha sido un criterio reiteradamente sostenido por la doctrina venezolana. Es así como Dominici señala “no puede reprocharse a la ley que obre retroactivamente cuando disipa simples esperanzas de derecho”. Igualmente se ha dicho que las expectativas no son derechos perfectamente existentes, sino gérmenes de derechos que tienen necesidad para desenvolverse del contacto o realización de sucesos o hechos posteriores. Angel Viso, proyectista del Código Civil indica que hay una doble diferencia entre el derecho y la expectativa, a saber: el primero saca toda su fuerza del pasado, y la segunda debe ser fecundado por el porvenir; el derecho puede ejercerse en el acto y la expectativa no es susceptible de una realización actual.

Ahora bien, este mismo autor, Viso, recuerda sin embargo la regla de que “la nueva ley no debe atacar ningún derecho adquirido en el momento que ella ha sobrevenido; pero no deja de tener influencia sobre lo que todavía no era sino una expectativa”.

Podemos citar en nuestro derecho positivo una norma que trata de atenuar la limitación que deriva de la exigencia de un derecho subjetivo, a los fines de la aplicación del principio de la retroactividad tal como es el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en la cual se alude **a los criterios interpretativos de los órganos de la ad-**

ministración, que si bien pueden ser modificados, la nueva interpretación no se aplicará a situaciones anteriores salvo que fuera más favorable a los administrados. Establece igualmente el artículo citado que la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes. Esta norma pone el acento no en el derecho que se hubiese consolidado en el sujeto, sino en la expectativa de su declaración o reconocimiento, presente en los criterios interpretativos que la administración utiliza y que bien pueden variar dada su dinámica, pero sin que tal variación pueda lesionar a quien estaba protegido por la expectativa validamente planteada.

En relación con este artículo, podemos mencionar la sentencia de la Sala Especial Tributaria de la Corte Suprema de Justicia, que declaró con lugar la apelación interpuesta por el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario, que a su vez había declarado con lugar el recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente Inelectra S.A., contra la Resolución N° 1986 del 4 de julio de 1986, por medio de la cual se determinarían a su cargo ciertas obligaciones.

En su fallo la Corte Suprema de Justicia, estimó en contra del criterio del recurrente que la resolución impugnada fue dictada por un funcionario competente, no obstante lo cual, declaró su nulidad por considerar que la misma, además de adolecer de determinados vicios de fondo violó el principio contenido en el citado artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La Corte observó al efecto que, el INCE actuó contra lo dispuesto en el mencionado artículo, ya que mediante la Resolución dictada el 2 de abril de 1974 había considerado que la empresa -ahora recurrente- no realizaba ninguna actividad de naturaleza comercial ni industrial, sino netamente profesional en el campo de la ingeniería. Es decir, la declaró como empresa no sujeta a los tributos establecidos por la Ley del INCE, pero diez años después, por medio de la Resolución N° 1986, de fecha 16-10-86, consideró que la misma empresa sí era sujeto pasivo de los tributos del INCE, no obstante que la Ley no había sido modificada en forma alguna.

Al decidir el recurso, la Sala observó que se estaba frente a un cambio de criterio respecto a la naturaleza de las actividades del INCE, no obs-



tante el hecho de tratarse del mismo aportante y de que las normas tributarias que rigen a este instituto autónomo eran exactamente iguales en 1974 y en 1986.

Ante las señaladas circunstancias, la Sala Especial Tributaria consideró que no podía la administración fiscal convertir a la recurrente en sujeto pasivo de sus aportes, por contribuciones debidas en el período 1974-1984, sin violar el contenido del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En consecuencia, el tribunal estableció que la señalada Resolución N° 1986 estaba viciada de ilegalidad, por violar el expresado artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual -según lo declaró expresamente- no está en contradicción, en forma alguna, con el Código Orgánico Tributario.

El fallo citado señala que esta interpretación de la norma general administrativa se justifica en materia tributaria porque tiene la característica de dar seguridad jurídica a los contribuyentes y les garantiza una estabilidad frente a los cambios de criterio del sujeto activo de la relación tributaria.

Señala así el juzgador que en forma alguna se estaba negando el derecho que tiene la Administración Tributaria de modificar su criterio en cualquier momento, bien, a través de un acto de efectos generales, o bien de uno de efectos particulares. Lo que la norma administrativa general en comento no le permite hacer a dicha Administración es aplicar retroactivamente los efectos de este cambio de criterio a menos de que sea más favorable para el sujeto pasivo de la relación tributaria. Lo anterior, según lo señala la Corte expresamente, es perfectamente justo y proporciona estabilidad y seguridad jurídicas a dicha relación, y por todo ello declaró la inaplicabilidad del reparo en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en consecuencia, con lugar la apelación interpuesta, y absolutamente nula la Resolución N° 1.986, de fecha 4 de julio de 1986, emanada de la Dirección de Ingresos del INCE.

Siempre dentro del campo del Derecho Tributario cabe mencionar una norma particularmente interesante, que está sobre la misma línea de la

antes aludida y es la contenida en los artículos 157 al 159 del Código Orgánico Tributario que consagra una modalidad de protección en el texto relativo a las consultas (Capítulo IV “Consultas”, del Título IV “Administración Tributaria”, artículos 157 al 159), en el cual está presente con toda claridad el reconocimiento de la expectativa plausible o confianza legítima.

En efecto, la consulta es una vía otorgada a los contribuyentes que dotados de un **interés personal y directo** requieran de la Administración Tributaria su criterio sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación concreta. Establece la norma mencionada que el consultante debe dirigirse al órgano competente para exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la cuestión que motiva la consulta, incluso, permite que el consultante le exprese a la Administración en forma fundada cual es la opinión que tiene sobre la materia.

La consulta no tiene ningún efecto directo sobre el procedimiento en el cual incidentalmente se formule, al punto tal de que no suspende el transcurso de los plazos ni exime al consultante del acatamiento del dispositivo del acto.

Ahora bien, el citado artículo 159 del Código Orgánico Tributario le da valor a la consulta en el sentido de que dispone que no podrá imponerse sanción a los contribuyentes que hubiesen adoptado el criterio expresado por la Administración Tributaria en la que hubiese sido evacuada sobre la materia idéntica. Al efecto la norma expresa: **“sobre el mismo tipo de asunto”**. Aún más, el primer aparte del artículo 159 ejusdem dispone que no puede imponerse sanción a los contribuyentes en aquellos casos en que la administración tributaria no hubiese contestado la consulta que se le formulara en el plazo fijado, esto es en el de treinta días hábiles y el consultante hubiera aplicado la interpretación acorde con la opinión fundada que hubiese expresado al formular la consulta.

Disposiciones como las antes citadas pueden considerarse como una manifestación de la seguridad jurídica, exigiendo del órgano que haya cambiado los criterios que sostuviera precedentemente, darle un tratamiento especial a quienes confiaban en la continuidad de su aplicación. La norma parte a nuestro ver de una cierta presunción de aquiescencia de la Administración al criterio expresado por el consultante, ya que si



bien no consagra su falta de respuesta como un silencio positivo, porque a través de la misma no puede considerarse una manifestación tácita de voluntad; sin embargo, crea en la Administración que no responde una limitación en el ejercicio de sus poderes futuros, respecto a las consecuencias del caso planteado. Por lo anterior la argumentación fundada en tal concepto no es directa sino indirecta, aún cuando en definitiva a través de ella se pueda llegar al reconocimiento de los efectos de una expectativa plausible.

C. Fundamentación en la noción de seguridad jurídica.

Se plantea igualmente, la posibilidad de fundamentar la expectativa o confianza legítima, en el concepto de **seguridad jurídica** que en nuestro criterio constituye el sustento principal de la teoría de los derechos adquiridos. Tal noción implica varios elementos, a saber:

- El exacto conocimiento de la existencia de la norma; del momento de su vigencia o extinción y de su alcance;
- La certeza de la aplicación de la norma al caso concreto;
- La existencia de mecanismos que permitan el conocimiento de las variaciones (temporales e interpretativas) de la norma;
- La prohibición de cambios sorpresivos o clandestinos en la interpretación de las normas.

Resulta al efecto oportuno recordar que, la seguridad jurídica ha sido sintetizada en varias expresiones latinas, reveladoras de los valores que a través de las mismas se persiguen para la obtención de un criterio cierto, fijo y conocido que es lo que se atribuye a la ley y a su aplicación. Ellos son :

El criterio de la “*lege promulgata*”, lo cual alude a la necesidad de que la norma sea suficientemente divulgada, esto es, que tal conocimiento no esté limitado a un grupo exclusivo, sino que haya sido debidamente publicada, lo cual opera a los fines de su eficacia general, de su universalidad.

La “*lege manifesta*”, que alude a la necesidad de que la ley sea precisa, clara, que no tenga lagunas, ni se preste a dudas. Lo anterior implica el

rechazo de la ley confusa, oscura e incompleta que exija necesariamente de la labor interpretativa para su ordinaria aplicación;

La “*lege plena*”, esto es, que se baste a si misma, en su extensión, en su interpretación y en su ejecución. Significa un rechazo a la norma imperfecta que no posee contenido decisorio.

La “*lege stricta*”, que exige la tipicidad del supuesto y el establecimiento de su consecuencia jurídica, lo cual implica la negación del casuismo y de la normativa imperfecta carente de sanción ;

La “*lege previa*”, que no es otra cosa que aquella que se aplica tan sólo a las situaciones posteriores a su vigencia, idea ésta con la cual se rechaza la retroactividad, es decir la aplicación a situaciones existentes antes de su existencia o eficacia formal;

La “*lege perpetua*”, que significa el reconocimiento de los derechos adquiridos nacidos bajo la vigencia de una norma. Lo anterior es lo que garantiza la estabilidad en el derecho y la tutela a las instituciones que le dan firmeza, tales como la de la cosa juzgada.

Como puede verse, la idea de la seguridad jurídica, expresada a través de estas múltiples interpretaciones, es de una gran amplitud y comprende tanto las reglas de técnica legislativa como su desplazamiento a campos como el de los derechos adquiridos. Esta última acepción, se acerca a la idea de la confianza legítima, a pesar de tener en la seguridad su base sustentadora, sólo que tiene una entidad propia que obliga a darle un tratamiento de la misma naturaleza, y con ello, a separarla de la seguridad jurídica considerada como un concepto genérico.

D. Fundamentación en la teoría de los Derechos Adquiridos.

Esta tesis está íntimamente vinculada al respecto del estado de derecho, porque no es otra cosa que el reconocimiento que el Estado hace de las situaciones que han surgido bajo su tutela y que, en consecuencia, deben continuar protegidas.



La teoría de los derechos adquiridos tiene amplia aceptación en el derecho venezolano, tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Administrativo, en el cual está previsto en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como límite a la potestad revocatoria de la Administración. La norma citada señala :

“Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico”

Igualmente el ordinal segundo del artículo 19 de la misma Ley sanciona con la nulidad absoluta a los actos que lesionen derechos adquiridos, indicando al efecto :

*“Los actos de la Administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos :
(...omissis...)*

3º Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.”

Ahora bien, el uso de la tesis de los derechos adquiridos como fundamentación de la Teoría de la Confianza-Legítima, es discutible, por cuanto ella opera respecto a los **derechos subjetivos verdaderos y propios, no así en relación con las simples expectativas de derecho que no son otra cosa que intereses calificados.**

La teoría de los derechos adquiridos tiende a acordar en forma **absoluta** el reconocimiento de situaciones que generaron derecho de un sujeto frente al ordenamiento jurídico, a diferencia de la expectativa plausible que sólo posee un carácter relativo.

E. Fundamentación en la tesis de los Derechos Fundamentales.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas se encuentra en el artículo 50 de la Constitución que establece:

“La enunciación de los derechos y garantías contendidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Dos son los problemas que han de dilucidarse si se desea utilizar la fundamentación basada en los derechos fundamentales: la primera estriba en determinar qué son tales derechos, cuál es el alcance del enunciado, porque para algunos se alude a los derechos **individuales**; pero otros comprenden –y parecería el criterio del constituyente nuestro, expresado en el artículo precedentemente transcrito- a los derechos económicos y sociales, e incluso, a los nuevos derechos que han sido denominados de la tercera generación, tales como el derecho ecológico.

El segundo y más insoslayable problema en nuestro criterio, es el de que la confianza legítima como fuente de derecho, no cabe en el anterior enunciado, si al mismo se le considera como relativo sólo a los **derechos consolidados** y se excluye que se cobijen bajo tal tutela las expectativas de derecho ; dentro de las cuales se ubica el núcleo central de la noción que es objeto de nuestro estudio.

En algunos sistemas, los derechos adquiridos son objeto de la protección que ofrece el principio de confianza legítima, sólo si se trata de derechos fundamentales.

F. Fundamentación en la noción de equidad.

Respecto a la noción de equidad la misma es considerada en el derecho venezolano como una de las fuentes del derecho, indicada en el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil. La noción canónica de la equidad sigue siendo valedera porque ella representa el perfeccionamiento de la justicia, si se entiende por ésta a la ley positiva y a aquella al valor ético que la inspira y sostiene. En el ámbito jurisprudencial, la equidad se utiliza para regular una situación cuya solución jurídica choca contra



el concepto de justicia. Es decir, cuando en aplicación del derecho está reñida con la razón. Con el criterio expuesto, la equidad se plantea como una aplicación del principio de proporcionalidad.

De todas las fundamentaciones la equidad es quizás la que más se acerca a la *ratio* de la tutela de la confianza legítima, porque atenuando la rigidez de la norma general, busca satisfacer en cada caso la necesidad de los sujetos de obtener lo que en justicia les corresponde.

2. Ubicación en la jerarquía normativa.

Una vez determinadas las posibles bases principistas de la confianza legítima, es menester precisar si la misma es reconocida con rango constitucional, con rango legal, o simplemente, por parte de los órganos que tienen potestad de interpretación (órganos jurisdiccionales); o bien, por quienes poseen la potestad reglamentaria o simples poderes de ejecución.

Como hemos señalado repetidamente, la Constitución no alude al principio de confianza legítima en forma expresa y sólo podría fundársele en dicho texto, si se le reconoce como originado en una fuente que el mismo mencione, como sería el caso de los **derechos fundamentales** a los cuales alude en su artículo 50, pero ya hemos visto precedentemente que dicha norma no hace referencia a las situaciones que no llegan a configurar derechos por estar en el estadio de simples expectativas.

Si se estimase que el artículo 50 puede abarcar el principio de confianza legítima, tendría rango constitucional directo y con ello obligaría al propio legislador. De acogerse la hipótesis precedentemente planteada, el recurso de inconstitucionalidad que se interpusiera en contra de una norma legal por violar el principio de confianza legítima, podría prosperar por infringir en forma directa a la Constitución. Tal situación sólo sería previsible en la medida de que se considere comprendido el señalado principio en la previsión del artículo 50 ejusdem, es decir, como incorporado a los derechos fundamentales de las persona humana.

Debemos señalar sin embargo que no es la anterior la interpretación más generalizada, ya que son pocas las impugnaciones contra principios relativos a derechos fundamentales que no están expresamente mencionados

en la Constitución. Conocemos de una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, tribunal contencioso administrativo de carácter nacional creado por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia hasta tanto se organice la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta sentencia del 13 de setiembre de 1996, (por cierto revocada por la Sala Político-Administrativa mediante sentencia del 29 de mayo de 1997), la Corte Primera señaló que los derechos a los cuales alude el artículo 50 de la Constitución cuando están consagrados en un tratado suscrito por Venezuela no tienen rango constitucional sino legal porque la norma violada no es la Constitución sino que lo es el tratado, (expediente 13336 en el caso de la acción de amparo constitucional ejercida por la Asociación Cooperativa de Producción Minera del Sur ACOMISUR contra la Resolución de la Superintendencia Nacional de Cooperativas de fecha 24 de mayo de 1996, N° 1783), por la cual acordó cancelar el reconocimiento de la personalidad jurídica de la accionante. La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo consideró que no tenían carácter constitucional los derechos reconocidos internacionalmente y no previstos expresamente en nuestra Constitución referentes a la presunción de inocencia y a la necesaria imparcialidad de los entes sancionadores. Por el contrario, la Sala Político-Administrativa al revocar como se señalara el fallo en cuestión, consideró que tales derechos previstos en tratados internacionales, ciertamente constituyen libertades o garantías para los ciudadanos que tienen cabida en el artículo 50 de la Constitución. Indica la Sala, que todo ello es para ***“mantener la amplitud en este sentido, que ha sido común en nuestro ordenamiento y que permite una constante evolución hacia el desideratum del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad y la protección de las libertades esenciales de los integrantes de la sociedad”***.

Ahora bien, no existe pronunciamiento sobre el rango fundamental de la confianza legítima considerada en sí misma, justamente porque dicho principio no tiene consagración normativa expresa, pero si se atiende a su inclusión en uno más genérico como el de los derechos fundamentales, el del estado de derecho o el de la buena fe, teniendo éstos el reconocimiento del antes transcrito artículo 50 de la Constitución podría atribuírsele rango constitucional. Por lo que atañe a la irretroactividad, base de la teoría de los derechos adquiridos, la misma está expresamente consagrada en el artículo 44 de la Constitución.

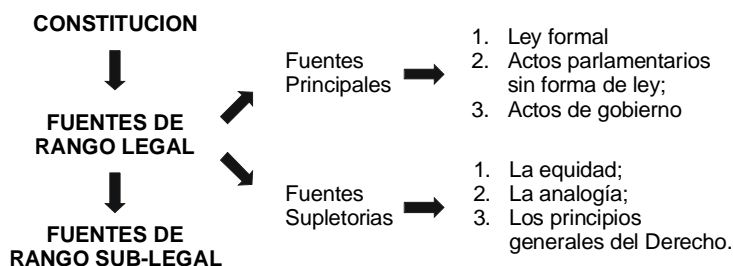


De allí que, respecto al rango que tendría el régimen de la confianza legítima, es indudable que no existiendo ninguna norma expresa que la contemple y regule, y fundamentándose en los principios filosóficos-jurídicos a los cuales hemos precedentemente aludido (buena fe, seguridad jurídica, equidad, derechos adquiridos), el mismo dependerá del que posean las instituciones que le sirven de fundamento. Al efecto, en el ámbito de las fuentes del derecho tenemos que partir de la clásica distinción entre **fuentes de rango legal**, que son aquellas que ejecutan de forma inmediata la Constitución, y **fuentes de rango sublegal**, que son aquellas que ejecutan de forma inmediata a las fuentes de rango legal y, en consecuencia, de manera mediata a la Constitución. A las fuentes de rango legal se les puede clasificar en **principales**, y **supletorias**. Las **principales** son la **ley formal**, **los actos de gobierno**, **los tratados y los actos parlamentarios sin forma de ley** (reglamentos parlamentarios). Las fuentes **supletorias** son la equidad, la analogía y los principios generales del derecho.

Atendiendo a la clasificación antes expuesta, los principios a los cuales aludimos como eventuales fundamentos de la figura en examen, se deberían ubicar dentro de la **categoría de fuente legal supletoria**, ya que cabe dentro de la norma de equidad o, en la conceptualización más genérica de principios generales del derecho, así como su aplicación pro vía analógica.

Ahora bien, hemos estado señalando las fuentes en el ámbito del Derecho Administrativo. En la esfera del Derecho Constitucional, cabe preguntar si es admisible una equiparación como fuente supletoria de los principios generales del derecho, de la analogía y de la equidad. Esta es una materia de constante discusión que depende, en consecuencia, de la calificación que se le de a una norma determinada, y de la que se plantee como interpretación constitucional, que permita sobreponer al propio texto fundamental otros postulados. Es indudable que, la presencia del Derecho Comunitario ha cambiado los esquemas rígidos sobre los cuales se erigía la enumeración y jerarquización de las fuentes. Para ser conservadores, y con ello ubicarnos en la postura más segura en relación con la conceptualización que se haga del texto constitucional, deberíamos admitir para tener una base firme, el carácter legal-supletorio de los principios enunciados como fundamentación en la jerarquía de las fuentes.

La síntesis esquemática de las fuentes obedecería al siguiente esquema :



III. LAS DIFERENTES FORMAS DE MATERIALIZACION DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

1. La confianza legítima y la actividad normativa.

A. *El principio de confianza legítima y la prohibición de las leyes y de los reglamentos retroactivos que versan sobre situaciones adquiridas.*

Se plantea la pregunta de si el principio de confianza legítima juega un papel en la limitación de la retroactividad de las leyes y de los reglamentos y al efecto se distinguen diferentes supuestos.

- La retroactividad efectiva, constituido por la aplicación de la nueva ley para modificar las consecuencias jurídicas de hechos ubicados en el pasado;
- El caso de que la nueva ley replantee situaciones adquiridas (aplicación de la ley para el futuro a situaciones ya constituidas).
- La aplicación de una ley a situaciones nuevas pero en una manera imprevista en forma que puede afectar la estabilidad de la legislación y;
- La circunstancia en la cual el legislador haya dado seguridades de mantener determinada legislación durante un cierto período (régimen transitorio).



Debemos señalar que en nuestro país el problema de la retroactividad ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial y ha sido uno de los temas fundamentales de debate en los recursos de inconstitucionalidad.

Como antes se señaló el artículo 44 de la Constitución consagra el principio de la no retroactividad al señalar que: ***“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. La leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente par la fecha en que se promovieron”***.

Entre la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre estos complejos temas, podemos citar como reciente la relativa a la aplicación de la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, que derogara a la anterior, que establecía la jubilación con solo 11 años de servicio.

La nueva ley al aumentar el tiempo para la jubilación en 17 años planteó múltiples problemas sobre las exigencias a las cuales quedaban sometidos los que ya habían cumplido el plazo originario pero no habían obtenido el beneficio.

Al efecto podemos citar una sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de noviembre de 1996 (Exp 10708) al conocer de un recurso de nulidad contra el acto del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas, (así como del silencio administrativo que se le imputara al Ministro de la Defensa) que le negara al actor la pensión de retiro solicitada. El recurrente decía haber permanecido en las Fuerzas Armadas Nacionales 10 años y 2 meses en forma ininterrumpida lo cual lo colocaba en el supuesto para obtener el beneficio previsto en la Ley que regía la materia, en concordancia con el Reglamento.

Observó al efecto la Corte que para que un miembro del personal militar profesional pudiese adquirir el derecho al beneficio de la pensión de retiro debía cumplir con el requisito previsto en le ley vigente para el momento en que nació el derecho a la pensión, el cual se hace exigible

en la oportunidad del pase a retiro. Señalaba que se precisan dos momentos distintos: uno referente al nacimiento del derecho de pensión que se verifica cuando el miembro del personal militar profesional cumple los años de servicio establecidos en la ley vigente para esa oportunidad y, otro, relativo a la exigibilidad de tal derecho, esto es, al momento de pasar a la situación de retiro. Indicaba la Corte que si un miembro del personal militar no tiene los años de servicio requeridos por la ley para obtener la pensión de retiro, sólo posee una simple expectativa de derecho a la misma que no permite su exigibilidad. En el caso que diera lugar al fallo, el recurrente no había cumplido con los 10 años de servicio establecidos en el artículo 16 de la vieja ley en el momento en que entrara en vigencia la nueva ley que fijó un período más extenso y, en consecuencia, de aplicarse ésta no se le estaba imprimiendo un carácter retroactivo por cuanto no existía ningún derecho adquirido por parte del recurrente .

De análogo significado es la sentencia de la misma Sala Político-Administrativa del 11 de julio de 1996 (Exp 8554). En esta sentencia dictada pocos días después de la antes mencionada, se ratifica el criterio de que la producción de una obligación tiene lugar sólo en el momento en que la misma se hace jurídicamente exigible.

Cabe preguntarse si la idea de confianza o de expectativa legítima ha sido utilizada en nuestro país para limitar la libertad del legislador en alguno de estos casos.

Debemos señalar al respecto que en fecha reciente han sido planteados los límites de la libertad legislativa con toda su virulencia al discutirse los aspectos básicos de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo que consagrara a las prestaciones sociales como derechos adquiridos.

El problema de la retroactividad en materia de derecho laboral se ha planteado permanentemente cada vez que se prepara un nuevo proyecto modificador del que rige en este campo. En la última reforma se intentó eliminar el régimen de las prestaciones sociales previsto en la ley vigente para el momento a fin de aplicar una política de apertura a las inversiones extranjeras que se consideraban eran ahuyentadas por el alto monto de los beneficios laborales. Con ello se pretendió reducir los cos-



tos que una excesiva protección laboral otorga. En contra de la posibilidad de modificación de las prestaciones sociales se alegaba el carácter irrenunciable que la Constitución les atribuye y la consideración de que si el nuevo régimen fuese limitativo tendría un efecto retroactivo, al desconocer las prestaciones que se habían acumulado en el tiempo. Estos argumentos impidieron una reforma a fondo de la Ley del Trabajo.

De allí que la discusión fundamental de la reforma se ha centrará en la retroactividad o irretroactividad de la normas relativas a las prestaciones sociales. El texto aprobado en la Cámara de Diputados es del tenor siguiente: parágrafo quinto del artículo 108 :

“La prestación de antigüedad como derecho adquirido será calculada con base al salario devengado en el mes al que corresponda lo acreditado o depositado, incluyendo la cuota parte de la percibido por concepto de participación en los beneficios o utilidades de la empresa....” .

De todo lo anterior se pone en evidencia que si bien el principio de confianza legítima es entre nosotros apenas conocido en algunos círculos limitados, sin embargo, su manifestación más resaltante como lo es la irretroactividad, ha jugado un rol fundamental para limitar la libertad del legislador en los casos de instauración de nuevos regímenes que puedan incidir sobre beneficios consagrados.

Igualmente la idea de la confianza legítima, aún cuando no se le menciona expresamente sino bajo su forma de respeto a los derechos adquiridos, es el fundamento de la mayoría de las *disposiciones transitorias* de la normas que modifican la situación de los detentadores de derechos.

Es indudable, por otra parte, que los principios que ilustran o derivan de la confianza legítima entran muchas veces en contraste con los intereses de la colectividad, ya que estos últimos pueden quedar afectados por la tutela particularizada de algunos sujetos en especial.

Sobre el procedimiento normativo relativo a los actos generales de la Administración hemos señalado desde el momento mismo en que fue dictada la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (publicada

en la Gaceta Oficial N° 28018 extraordinaria del 1-7-81, que entrara en vigencia 11 1-1-823) que dicha ley debía contemplar el procedimiento de formación de los actos generales administrativos y que esta ausencia de normativa constituía una falla de importancia. Fue así como, para subsanar esta falta que en el anteproyecto de Ley Modificatoria de la Ley de Procedimientos Administrativos que elaborara por cuenta del Ministerio de Justicia, en forma expresa se regula en un capítulo especial todo lo relativo al procedimiento de formación de los reglamentos y otros actos generales; pero esto no pasó de ser una proposición aislada.

Debe observarse que en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, normativa que regula a los municipios que son los entes territoriales primarios en la estructura del Estado, el artículo 179 contempla un procedimiento de referéndum relativo a las ordenanzas. Estos son los actos normativos de los municipios, al punto de que han sido designados por la propia Corte como leyes locales. El artículo antes citado señala que salvo las ordenanzas de presupuesto y las de contenido tributario, las restantes podrán ser sometidas a la consulta popular cuando así lo decida la cámara por el voto de las dos terceras partes de sus miembros o lo solicite un diez por ciento de los vecinos inscritos en la junta electoral que tenga jurisdicción en esa entidad. La ordenanza sometida a referéndum requerirá para su validez de la aprobación de la mayoría de los votos válidos emitidos. La convocatoria a referéndum deberá producirse dentro de los treinta (30) días continuos contados a partir del acuerdo de la Cámara o de la sesión en que se dio cuenta de la solicitud de los vecinos; y el acto de referéndum se celebrará dentro de los sesenta (60) días continuos a partir de la fecha de la convocatoria. No podrá convocarse un nuevo referéndum sobre la misma ordenanza hasta transcurrido un año de la anterior efectuada. El Consejo Nacional Electoral ejercerá la organización y vigilancia de los procesos de referéndum, prestará apoyo técnico para su realización y hará del conocimiento del Concejo o del Cabildo sus resultados.

B. La Confianza Legítima y la norma imprecisa

Entre nosotros el examen de la norma imprecisa ha sido efectuado por la jurisprudencia en materia constitucional sobre todo en lo relativo al contenido del Derecho Sancionador. Al respecto se duda de la validez de la



llamada “*norma en blanco*”, que le daría facultades muy amplias al órgano administrativo para reprimir determinadas conductas.

En la materia relativa a la norma en blanco, que es la violación extrema al **principio de tipicidad de las sanciones**, existen varios fallos de la Corte Suprema de Justicia que son particularmente significativos. Ellos son : La sentencia del 9 de setiembre de 1990 que se pronuncia sobre la solicitud de Francisco Pifano de declaratoria de inconstitucionalidad de dos artículos de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo y de un acto administrativo que se fundamentara en tales normas.

La Corte decidió al efecto que la materia relativa a los derechos y garantías constitucionales está sometido a la más objetiva reserva legal, por lo cual le está vedado a la norma reglamentaria y más aún a los actos de la Administración hacer regulaciones en ese campo.

La Administración no puede intervenir en esta esfera, salvo que exista expresa habilitación legal. Asimismo, carece en consecuencia del poder para condicionar, limitar o intervenir derechos o garantías constitucionales consagrados, aún cuando su actuación esté fundada en el bien común o general. Recordó la Sala que jurisprudencialmente se ha establecido que el recurso de inconstitucionalidad sólo procede cuando se denuncia la violación directa de una norma constitucional y que asimismo el artículo 117 de la Constitución que señala “*La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio*” no puede denunciarse como infringido aisladamente, ya que este artículo no define las atribuciones del Poder Público, por lo cual es necesario que el recurso establezca las atribuciones del órgano respectivo que han sido violadas por el acto impugnado. Consideró la Sala que en el caso de autos la pretensión de inconstitucionalidad aparecía fundamentada en la violación directa de las previsiones contenidas en los artículos 60, numeral 2º, y 69 de la Constitución, por lo cual debería bastar la confrontación entre las previsiones de tales normas y las disposiciones legales y reglamentarias que se impugnan.

Distingue el fallo de la Corte entre el concepto lato de normas penales, que son las que establecen sanciones por la infracción de las reglas de ética a las que se sujeta la conducta social de un determinado conglo-

merado humano, y que recoge el Código Penal al tipificar los delitos y las penas y, las normas contempladas en leyes especiales que consagran sanciones destinadas a garantizar la eficiencia de la actividad administrativa a las cuales se denomina sanciones administrativas. Las sanciones o penas administrativas, para la Corte, deben ajustarse al principio de la legalidad de las infracciones y de las penas, es decir, a los dispuestos en el artículo 60, numeral 2º de la Constitución. Señala así que: *“En efecto, conforme a dicho principio, no se admite en nuestro régimen jurídico, -en el cual se requiere la preexistencia del tipo delictivo (artículo 60 numeral 2º, de la Constitución)- para que proceda la aplicación de la sanción o pena, que el legislador en olvido de las garantías constitucionales y de la obligada sujeción de la norma legal a la constitucional, jerárquicamente superior, deje mediante una formulación genérica, a discreción de la autoridad administrativa la determinación de la correspondiente figura delictual, puesto que ello envuelve, sin duda, el quebrantamiento del rígido principio de legalidad que en la materia consagran las normas constitucionales citadas”*.

Dice la Corte que fundada en la distinción entre sanción penal y sanción administrativa, las leyes administrativas venezolanas, no deben trasladar confusamente, conceptos del Derecho Penal sin sujetarse a los límites estrictos que a la tipificación de delitos y penas impone la norma fundamental y señala que: *“No deben, pues confundir las leyes administrativas, la transgresión objetiva que significa el incumplimiento por el administrado de determinados deberes que le imponen las leyes, con la responsabilidad que surge de la conducta dolosa o culposa, elemento esencial de la elaboración de los principios jurídico-penales”*.

Señala la Corte que el ilícito penal se concreta en definiciones legales precisas, mientras que el delito administrativo entendido en sentido lato, envuelve el incumplimiento o transgresión de un deber frente a la Administración.

La Corte intercala un párrafo de gran trascendencia, el cual dice lo siguiente:

“Por ello carecerían de fundamento constitucional las leyes administrativas que dediquen un Capítulo de su normativa a regular las ‘disposiciones penales’ o las ‘san-



ciones’ o ‘penas’, sin que se refieran, precisamente, a conductas dolosas o culposas (que califican el carácter penal de la infracción), sino al incumplimiento en general de deberes jurídicos del administrado frente a la Administración.”

Igualmente puede mencionarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno del 23 de febrero de 1996, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Miguel Antonio Caro Chapetón, contra los artículos 10 numeral 17 y 143 de la Ley de Mercado de Capitales, así como contra el artículo 22 de las Normas Relativas a la Autorización de los Corredores Públicos de Títulos Valores y al Registro de los mismos en la cual se estimó lo siguiente:

- El principio del Derecho Penal de la tipicidad de los delitos y de las penas contemplado en el ordinal 2 del artículo 60 de la Constitución, es aplicable al derecho sancionatorio, y en consecuencia, se destina también a derechos diferentes a los de libertad;
- La interpretación precedente, no puede ampliarse al extremo de impedir que el legislador le acuerde al órgano administrativo la potestad de determinar la gravedad de la sanción en cada caso específico. En efecto, no existe en la Ley ninguna determinación de cuándo procede la sanción, sino que, se faculta al organismo para calificar la medida aplicable cuando se está ante un caso *“de grave violación”*. En consecuencia, -señala la Corte- el problema es establecer si la facultad discrecional, consistente en determinar lo que se entiende por *“grave violación”* es lesiva del principio de legalidad o no.
- Recuerda la Corte que, para los recurrentes, la sanción sólo podría operar en los casos en los cuales existiese una norma en la ley que expresamente señalara los supuestos de la infracción; pero, ella estima que la función de control expresamente atribuida a la Comisión Nacional de Valores recae sobre los diferentes agentes del sistema, entre los cuales están los corredores públicos. Esta función de control significa el ejercicio de la potestad sancionatoria, y en tal virtud, la de revocar, suspender o cancelar la inscripción de los corredores, y medir por sí mismo la sanción que ha de ser aplicada.

Por todo lo anterior, la Corte hizo el siguiente razonamiento:

- Para que prospere una denuncia de inconstitucionalidad es necesario que la norma legal impugnada viole la norma o principio fundamental transgrediendo su texto expreso o alterando su espíritu, propósito o razón. En el caso presente, la Ley de Mercado de Capitales establece deberes y cargas a los que operan en el mercado de capitales en forma expresa;
- La materia relativa al mercado de capitales está vinculada con el orden público, por cuanto significa la tutela de la seguridad jurídica en su esfera, por lo cual los criterios que se utilicen para determinar los mecanismos de actuación han de guiarse por tal postulado;
- La Comisión Nacional de Valores tiene la facultad expresa de suspender, revocar o cancelar los registros de los sujetos que operan en el mercado de capitales;
- La facultad discrecional acordada a la Comisión Nacional de Valores de medir la gravedad de la falta a los fines de la aplicación de la sanción es limitada, por cuanto versa exclusivamente sobre los casos de expresa violación de las normas que rigen la actuación de los corredores públicos, en el campo de Mercado de Capitales; y,
- El mal uso de la discrecionalidad, esto es, la violación de los criterios de proporcionalidad y racionalidad a los cuales alude el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos podrá dar lugar a los recursos contencioso-administrativos de nulidad.

Del examen en el caso sub-judice de los elementos objeto de la exposición que antecede, la Corte concluyó que no existió el vicio de inconstitucionalidad denunciado.

2. El control jurisdiccional de los actos reglamentarios fundados en la confianza legítima.

Es a través del control jurisdiccional que se hacen valer las consecuencias que derivan del principio de confianza legítima. Específicamente,



mediante la impugnación de retroactividad de los reglamentos es que el mismo se ha planteado:

Un punto relevante en este tema es el de si las reglas que rigen la revocatoria de los actos administrativos unilaterales, están vinculadas a la noción de confianza legítima.

Al efecto el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite la revocatoria en cualquier momento en todo o en parte de los actos administrativos siempre y cuando los mismos no creen derechos subjetivos o intereses legítimos personales y directos respecto a un particular.

Se expresa así la norma citada:

“Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico.”

Obviamente que el límite para la revocatoria de los actos individuales se encuentra en los derechos adquiridos o en la presencia de un interés legítimo cuyo alcance vamos a expresar.

En el derecho venezolano (en la citada Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia reguladora del contencioso-administrativo por citar las disposiciones más importantes) tal como lo señaláramos inicialmente, se menciona el derecho subjetivo y a los intereses legítimos personales y directos, planteándose la duda de qué se entiende por tales.

Al efecto hay dos nociones: **a.-** La noción que equipara el concepto de interés legítimo, utilizado por el legislador en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al homónimo “*interés legítimo*” existente en el derecho italiano, figura creada para permitir al juez administrativo el control de algunas situaciones en las cuales no estuviesen en juego los derechos subjetivos

sometidos al juez ordinario, que alude a una especial situación de hecho en que estaría colocado un sujeto en los casos en que esté viciado un acto administrativo que lo afecta en virtud de tal específica situación. El administrado no detenta así un derecho subjetivo y, consecuentemente, no existe para la Administración una obligación frente a su pretensión, sino un simple deber ante el titular.

Una segunda noción considera que el concepto antes aludido es una institución innecesaria y peligrosa porque hace más complejo el sistema contencioso administrativo. Estima que el mismo es útil en aquellos sistemas que tratan de delimitar la jurisdicción administrativa de la jurisdicción del juez ordinario, no en base al criterio subjetivo de la naturaleza del demandado, sino al de la **causa petendi** en debate, pero que entre nosotros no sirve para tal objetivo. De allí que esta posición limite el concepto de interés legítimo al interés que no es ilegítimo, es decir que no es contrario a una norma expresa. Es esta la acepción que hemos empleado en el anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, donde incluso hemos eliminado la calificación del interés como legítimo, limitándolo a que sea personal y directo a los fines de evitar confusiones.

La protección de los derechos adquiridos está también expresamente establecida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en su artículo 19, ordinal 2° cuando señala:

“Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos: (...omissis...) : Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de Ley”.

Véase sin embargo que se alude a la protección de los derechos y no de las simples expectativas.

A. La confianza legítima y ciertas posiciones asumidas por la Administración.

Estas distintas posiciones asumidas por la Administración pueden referirse a las diferentes actuaciones y conductas de la Administración que



suscitan en relación a sus interlocutores la expectativa de una conducta determinada.

Las mismas pueden ser enumeradas en orden decreciente de precisión jurídica en las siguiente forma:

Los compromisos formales de carácter contractual o unilateral; las promesas; las tomas de posición expresa (doctrina administrativa); las informaciones e interpretaciones, las conductas de hecho que hacen esperar de la Administración una acción en un caso determinado; los usos, costumbres o reglas no escritas.

Es necesario distinguir cuales pretensiones encuentran verdaderamente su fundamento en el principio de confianza legítima o de expectativa legítima, y cuales derivan de obligaciones contractualmente adquiridas.

No podemos dejar de recordar el caso del ejercicio de una acción de amparo constitucional en el cual se alegaba la violación del derecho al estudio ya que en el mismo los solicitantes pretendían el reconocimiento de los cursos que habían seguido, fundándose entre otras cosas en que los folletos divulgativos del Consejo Nacional de Universidades sobre las oportunidades de estudio del nivel superior mencionaban dichos cursos como valederos.

En nuestro criterio la solución que se de a una situación conflictiva, fundada en la confianza legítima es necesariamente subsidiaria, esto es, sólo a falta de otra fuente o principio que regule específicamente el supuesto, puede llamarse en causa a la expectativa legítima como elemento de equidad y de seguridad jurídica.

B. La confianza legítima y el procedimiento administrativo.

La confianza legítima o expectativa legítima puede servir de fundamento a algunas reglas específicas del procedimiento administrativo.

Se cita como caso típico aquel en el cual la Administración ha hecho nacer una expectativa legítima de un procedimiento contradictorio de lo cual puede resultar su obligación de beneficiar con las ventajas que se

derivan de tal procedimiento a las personas que estaban sometidas al mismo.

La expectativa legítima entraña entonces la extensión del campo de aplicación de las reglas de la justicia natural y de la equidad procedimental.

Se pregunta si en nuestro país puede jugar tal papel la confianza legítima en el procedimiento administrativo.

Ante todo debemos señalar nuevamente el contenido del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, norma de gran importancia respecto a la expectativa legítima, relativa a la irretroactividad de las nuevas interpretaciones al establecer que los criterios establecidos por los distintos órganos de la administración pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. La modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.

C. Confianza legítima y contractualización de la acción administrativa.

En la acción administrativa es cada vez más frecuente la técnica contractual sustitutiva de la acción unilateral o directa tales como los contratos de planos, de programas, la delegación de servicio público, etc. En este marco se plantea el interrogante de si tal práctica puede ser vinculada a la idea de la confianza legítima y si los tribunales aseguran el respeto de estos contratos o convenciones.

Pasemos a señalar que cada vez se hacen más frecuentes las demandas para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración por incumplimiento de los pactos preliminares en la contratación administrativa ; (vid Sentencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, *Ordenanza sobre Rezonificación del sector "El Paraíso"* y *Promociones Terra Cardón, C.A.* de fechas 10 de agosto de 1977 y 27 de enero de 1994 respectivamente ; así como la Sentencia *Ordenanza Especial de Zonificación del sector "El Rosal"* dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno en fecha 11 de febrero de 1992). Las sentencias



condenatorias, sin embargo, se han fundado bien en la violación de las obligaciones contractuales, o bien, en el daño producido por el hecho ilícito, tanto como responsabilidad subjetiva (artículo 1185 Código Civil), como de las distintas formas de responsabilidad objetiva.

3. *Confianza legítima y decisiones jurisdiccionales.*

¿En qué forma el principio de confianza legítima ha tenido eco en la actividad de los tribunales?.

Para esclarecer este punto se plantean fundamentalmente las cuestiones relativas a la confianza legítima y el respeto de los precedentes; el principio de confianza legítima y las reglas de procedimiento; y la confianza legítima y el conflicto entre actos legislativos y actos jurisdiccionales.

Veamos el primer punto relativo a los **precedentes**.

Es indudable que la seguridad jurídica es un argumento a favor de los precedentes jurisprudenciales; pero siempre choca con la interpretación retroactiva que tienden a hacer los tribunales.

Ahora bien, ¿en qué medida el hecho de que las jurisdicciones estén vinculados por los precedentes constituye una expresión del principio de confianza legítima?. En nuestro criterio el respeto a los precedentes jurisdiccionales tiene su base en el principio de seguridad jurídica y como tal se vincula al de confianza legítima.

Por otra parte, ¿si la idea de la confianza legítima ha suscitado mecanismos que tiendan a limitar el efecto retroactivo de los virajes de la jurisprudencia?.

Hasta ahora no sabemos de ningún mecanismo que pueda impedir los virajes de la jurisprudencia por cuanto ello forma parte de la esencia misma de la función jurisdiccional, que es su libertad.

La única regla que tácitamente se aplica es la del expreso señalamiento que ha de hacer la sentencia que produce el cambio jurisdiccional de que el mismo se ha producido. En fecha reciente recordamos dos sensi-

bles cambios en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que han tenido gran trascendencia por múltiples razones, esencialmente por el volumen de casos que la materia implica. Así, en el campo de la regulación de jurisdicción, mecanismo éste mediante el cual el antes mencionado tribunal decide si una materia es de la competencia del juez o de un organismo administrativo, o bien, si corresponde al juez venezolano o a un tribunal extranjero, la Sala al conocer de la **consulta** formulada por el juez que se había pronunciando previamente, decidió (sentencia líder del 12 de agosto de 1994 caso Madosa) que si el organismo jurisdiccional afirmaba su jurisdicción ante la Administración no procedía la **consulta** y la decisión quedaba firme. Este cambio jurisprudencial aligeró en un 90 % el volumen de las consultas ante la Sala Político-Administrativa por cuestiones de falta de jurisdicción del órgano jurisdiccional frente a la Administración Pública, y significó una notable reducción de incidencias en el trámite de una serie de juicios (sobre todo los inquilinarios y laborales).

Otro cambio de jurisprudencia de gran importancia para el campo inquilinario fue la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 7 de agosto de 1997, según la cual el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas que regula a los contratos de arrendamiento estableciendo un antejuicio administrativo para poder ejercer la acción de desahucio antes los tribunales, no operaba sino en relación con las viviendas y no con los locales comerciales.

Está planteada la cuestión de si la idea de la confianza legítima es la que limita el efecto retroactivo de las nulidades de los actos administrativos.

La norma en virtud de la cual el tribunal contencioso-administrativo (o constitucional) al anular un acto puede limitar su eficacia en el tiempo y establecer en general las modalidades que desea imprimirle a la situación surgida con la nulidad es el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia cuyo texto indica:

“En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, con-



denar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Con la consagración de esa norma quiso el legislador que el juez ponderara todas las consecuencias de la nulidad tomando en cuenta entre otras circunstancias, la situación de expectativa creada por la norma o el acto anulados.

A. Principio de confianza legítima y regulación del procedimiento.

Recuerda el cuestionario que la confianza legítima en las situaciones adquiridas puede ser protegida por ciertas reglas de procedimiento, contencioso o pre-contencioso.

Al efecto vamos a constatar la existencia de tales reglas en el derecho venezolano.

Se habla de la regla de publicidad en el procedimiento de los recursos de nulidad contra los actos contencioso administrativos, así como en el del recurso de inconstitucionalidad existe la facultad del tribunal de librar un cartel de llamamiento a los interesados. Al efecto, quienes pueden hacerse parte en el proceso dentro del lapso que el mismo fija. Así el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece:

“En el auto de admisión el Tribunal ordenará notificar al Fiscal General de la República y también al Procurador General de la República, caso de que al intervención de éste en el procedimiento fuere requerida teniendo en cuenta la naturaleza del acto. Cuando lo juzgue procedente, el Tribunal podrá disponer también que se emplace a los interesados mediante un cartel que será publicado en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Caracas, para que concurran a darse por citado dentro de las diez audiencias siguientes a la fecha de publicación de aquél. Un ejemplar del periódico donde fuera publicado el cartel

será consignado por el recurrente dentro de los quince días consecutivos siguientes a la fecha en la que aquél hubiere sido expedido y de no hacerlo dentro de dicho término, la Corte declarará desistido el recurso y ordenará archivar el expediente, a menos que alguno de los interesados se diera por citado y consignare el ejemplar del periódico donde hubiere sido publicado el cartel”.

Por lo que atañe a la reglamentación del lapso fuera del cual el beneficiario de una decisión administrativa puede estar segura que lo allí decidido no podrá ser replanteado en un recurso, es menester señalar que esta regla existe en el derecho venezolano, que establece un lapso de caducidad de seis meses a partir de su notificación o publicación, según el caso, para la interposición de los recursos contra los actos de efectos particulares, término que se reduce a treinta días si se trata de un acto de efectos temporales.

En el derecho venezolano el vencimiento del lapso para el ejercicio del recurso cierra las posibilidades de impugnar el acto; sin embargo por vía de la excepción de ilegalidad que no tiene lapso de caducidad y que está prevista en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia puede plantearse la validez y eficacia de un acto aún después del vencimiento del término para el recurso.

Es indudable que la **excepción de ilegalidad** es una figura que por no haber sido objeto de amplio estudio está en una zona de sombras y no se ha determinado su real alcance. Para algunos ella representa la aceptación de la tesis de la inexistencia de los actos por cuanto mantiene la posibilidad de impugnación en cualquier tiempo. Una situación típica podría ser la representada en el siguiente ejemplo: Un sujeto solicita el derecho de exclusividad sobre una patente a la cual se opone por vía administrativa otra persona. La autoridad administrativa desecha la oposición y se vence el lapso para impugnar la decisión. Posteriormente el solicitante de la patente ya convertido en titular de la misma, ejerce la acción de infracción contra alguien que viola su derecho. Este se defiende alegando la excepción de ilegalidad. Podríamos pensar que se trata del mismo oponente a la concesión de la patente. Como vemos, a pesar de que se ha vencido el lapso para el recurso, sin embargo por vía de excepción puede replantearse la existencia del derecho acordado por el acto.



Otro punto que ha de ser dilucidado es el de si el interés para accionar o “*locus standi*” podría fundarse en la expectativa legítima y dar así legitimidad suficiente al recurrente para atacar un acto.

Al efecto se observa que en el derecho venezolano se reconoce como cualidad para accionar contra un acto administrativo no sólo el derecho subjetivo sino también el interés legítimo, y este puede estar constituido por una situación de confianza legítima o expectativa legítima. Pongamos un ejemplo.

La Administración ha comunicado a través de sus órganos que va a fomentar una política de industrialización de los desechos de la caña de azúcar. Fundado en la señalada noticia un empresario adquiere grandes cantidades de estopa de caña y la maquinaria para procesarla convirtiéndola en alimento para el ganado. Posteriormente la Administración abre la importación hasta ese momento limitada a los alimentos vacunos derivados de los desechos agrícolas. El industrial podría impugnar el decreto que ordena la apertura fundado en el interés legítimo que posee por ser el aquirente de los desechos agrícolas y de las maquinarias para procesarlo.

Entre nosotros se ha planteado el problema de los establecimientos para un juego de azar denominado Bingo. Hasta fecha reciente los establecimientos dedicados a ofrecer al público este tipo de juegos, consistente en unos cartones en los cuales figuran la palabra BINGO, debajo de cada una de las letras que la integran hay números y es así como por la suerte se van extrayendo las fichas con la correspondiente numeración y las letras alusivas a la ubicación en los cartones que, de ser completados, permiten recibir premios a los jugadores. La popularidad de estos juegos había dado lugar a que se constituyesen numerosas salas destinadas a tal fin, las cuales funcionaban previo el pago de los derechos municipales y sometidos a otros controles administrativos.

La Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles del 23 de julio de 1997, prohibió el funcionamiento de estos establecimientos, salvo los que fueran autorizados en el futuro por una comisión que debía constituirse al efecto. No se estableció ningún régimen transitorio que regulase la situación de los locales que ya esta-

ban funcionando para el momento de la entrada en vigencia de la ley por lo cual la orden de cierre de los locales no tuvo ninguna excepción.

Los propietarios de los establecimientos se encontraban así como titulares de una expectativa plausible de que se les dejase funcionar o se les permitiese un régimen transitorio. Es decir que lo importante para ellos era que no se paralizase su actividad, y fue así que interpusieron una acción de amparo que, lamentablemente fue declarada sin lugar.

Otro punto de importancia es la determinación de si la parte que ha renunciado a apelar puede sin embargo exponer sus propias conclusiones en el caso de la apelación de la otra parte, en forma tal que ello permite cambiar la decisión de la primera instancia.

Se trata de determinar la legitimidad que pueda tener un sujeto para adherirse a la apelación cuando hubiese renunciado a ejercerla por sí mismo.

Al respecto el Código de Procedimiento Civil contiene un capítulo expreso en el título relativo a los “Recursos” sobre la “Adhesión a la apelación”, en el cual se señala el derecho de la parte de adherirse a la apelación interpuesta por la contraria (art. 299 del Código de Procedimiento Civil).

La adhesión puede tener por objeto la misma cuestión objeto de la apelación o una diferente, incluso opuesta.

Señala la norma procesal (art. 304 del Código de Procedimiento Civil) el carácter dependiente de la adhesión a la apelación que se manifiesta en el hecho de que quien se adhiere no puede continuar el recurso si el apelante desiste de él aún cuando la adhesión haya tenido por objeto un punto diferente a la apelación.

Se alude finalmente a la aplicación del principio “*nemo auditur quod propriam turpitudinem allegans*” (nadie puede valerse de su propia torpeza).

Se pregunta así ¿puede hacerse valer la propia torpeza ante el juez?

La regla a la cual se alude rige en el derecho venezolano y es así como el artículo 1.271 del Código Civil establece:



“El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo proviene de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.

El texto de este artículo revela que el deudor sólo podrá liberarse si demuestra que su incumplimiento o retardo derivan de una causa que no le es imputable. En efecto se establece que si la causa que impidió el cumplimiento o produjo su retardo son imputables al deudor aun cuando este no tuvo mala fe será condenado no sólo al cumplimiento sino también al pago de los daños y perjuicios lo cual implica que el deudor no puede excepcionarse alegando su propia torpeza ni aún si de su parte no hubiese habido mala fe.

La materia es importante en nuestro país en relación con la legitimidad de la Administración Pública para impugnar sus propios actos. En efecto no existe en el derecho venezolano el recurso de lesividad que permite a la Administración ocurrir ante el juez para que anule ciertos actos que ella misma ha dictado pero que resultan inoportunos o inconvenientes.

La materia se planteó recientemente en relación con un recurso de nulidad por inconstitucionalidad que interpusiera el representante de los intereses patrimoniales de la República y abogado de la Administración que es entre nosotros el Procurador General de la República.

En esa oportunidad la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena le negó legitimidad al Procurador para impugnar un acto emanado originariamente de la Administración, aplicando el principio *“nemo auditur quod propriam turpitudinem allegans”*.

Esta sentencia de fecha 20 de mayo de 1997 señaló al efecto lo siguiente:

“En la Exposición de Motivos de la vigente Constitución de 1961 se precisa que ‘La Procuraduría General de la República tiene como función fundamental la tutela de los derechos e interés de la Nación, representándola en los juicios en que ella fuera parte, conforme a las instruccio-

nes del Ejecutivo Nacional'. De acuerdo con esas motivaciones, el artículo 202 del texto constitucional dispone que corresponde a la Procuraduría General de la República : 1º Representar y defender judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República ; 2º Dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes ; 3º Asesorar jurídicamente a la Administración Pública Nacional; y 4º Las demás que le atribuyan las leyes.

*Siguiendo ese marco de competencias fijado por el constituyente, la Exposición de Motivos de la ley que regula las funciones de la Procuraduría General de la República, explica cómo 'Los proyectistas han entendido que el titular de ese organismo es de pleno derecho, por mandato constitucional, el representante nato de los **intereses patrimoniales** de la República, su mandatario en la defensa del patrimonio público; su apoderado, en una palabra'.*

Es así como, en concordancia con los lineamientos constitucionales a que se hizo referencia, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Gaceta Oficial N° 27.921 de diciembre de 1965) ordenó las atribuciones de ese organismo, primero, en cuanto a la 'Representación y Defensa de los Intereses Patrimoniales de la República'(Capítulo I) que comprende la materia de bienes y derechos nacionales (Sección Primera), la de ingresos públicos estatales (Sección Segunda) y la de Contratos Administrativos (Sección Tercera). En seguida, dispuso en el Capítulo II lo concerniente a 'Dictámenes Sobre la Nulidad de Actos del Poder Ejecutivo Nacional' y luego, dedicó el Capítulo III a 'Asesoría de la Administración Pública'.

Precisamente, en cuanto a la primera forma de actividad - la representación y defensa de los intereses patrimoniales de la República- fundamenta el Procurador General su legitimación para iniciar el presente juicio ; concretamente, alude el alto funcionario a las secciones primera y



segunda de ese Capítulo, es decir, a la representación y defensa de los intereses patrimoniales de la República en materia de 'bienes y derechos nacionales', invocando en ese sentido, el artículo 1º numeral 1, y en materia de ingresos públicos estatales', el artículo 2º numeral 1 ; mientras que, de su parte, los apoderados del Congreso sostienen que las mencionadas disposiciones en forma laguna lo facultan para ejercer la presente acción.

De manera que lo que debe resolver la Corte en esta parte del fallo se resume a las siguientes interrogantes : ¿Los actos cuya inconstitucionalidad se alega, encuadran dentro de esa definición atributiva de competencia por la cual la Ley confiere a la Procuraduría General de la República, la representación y defensa de los intereses patrimoniales de la República ? De otro lado ¿cabe en nuestro Derecho la posibilidad de que ese órgano impugna actos de las ramas ejecutiva o legislativa del Poder Público Nacional ?.

En cuanto a la primera cuestión, está referida al interés involucrado, vale decir, al carácter patrimonial o no que revista la materia debatida, y en ese sentido, para la Corte resulta claro que existe un componente económico innegable en materia presupuestaria que coincide con la connotación que el constituyente y el legislador han querido dar a una de las atribuciones invocadas y que definen, junto con otras más, el marco de la 'representación y defensa de los intereses patrimoniales de la República'.

En efecto, la presente acción está dirigida a obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo de la Comisión Delegada del Congreso por el cual se autorizó una solicitud de Crédito Adicional y, asimismo, el acto emanado de la Presidencia de la República que decreta un Crédito Adicional al Presupuesto Nacional, en los términos fijados por la Comisión Delegada. Como puede apreciarse, ambas actuaciones son contentivas de estimaciones de gastos rela-

cionados con programas y proyectos, por lo que si bien no debe confundirse el rasgo económico que envuelve con 'los intereses patrimoniales de la República' a que alude la Sección Primera del Capítulo I, Título I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyo texto está netamente referido a 'bienes y derechos nacionales', no ocurre lo mismo, en cambio, en lo que atañe a 'los ingresos públicos estatales' (Sección Segunda⁹, materia ésta que sí guarda una relación directa con la actividad de estimación presupuestaria, en tanto implica operaciones que inciden en las rentas y deudas de la Hacienda Pública.

*Ahora bien, debe precisarse, que dicha 'representación y defensa' implica un elemento subjetivo atinente a la legitimidad procesal, lo que conduce a dar respuesta a la segunda interrogante planteada: **la Procuraduría General representa y defiende intereses patrimoniales de la República, por tanto, de ésta frente a terceros, no respecto a órganos representativos de otras ramas del Poder Público Nacional, pues éstos en definitiva, no constituyen una personificación distinta de ella, sino que comparten derechos, obligaciones y, por supuesto, aquellos bienes y rentas, así como pasivos, cuya administración, de conformidad a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, corresponde al Poder Nacional.***

En efecto, de la enumeración de funciones antes realizada puede deducirse que en nuestro país, la Procuraduría General (y evidentemente, su titular) aparte de constituir un órgano consultivo del Ejecutivo, ostenta un doble carácter, por una parte, representa judicialmente los intereses patrimoniales de la República ; y por otra, ejerce la defensa de los actos de la Administración Pública Nacional.

Bajo esa óptica, la acción incoada por el Procurador General de la República, al pretender atacar de nulidad actos emanados de órganos pertenecientes a la Administra-



ción Pública Nacional y a la rama legislativa del Poder Nacional, configuraría un supuesto de recurso contencioso-administrativo no previsto en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se estaría ejerciendo una modalidad judicial que escapa a las previsiones legales existentes en Venezuela.

Efectivamente, el diseño de nuestro sistema contencioso administrativo, no prevé la figura conocida en otros ordenamientos, como el español, bajo el nombre de 'recurso de lesividad', entendiéndolo como aquel que ejerce la Administración con la finalidad de solicitar la nulidad del acto administrativo por ella misma previamente emitido, por considerarlo contrario o lesivo al interés público. En este mismo sentido, de rechazar la acción de lesividad por ausencia de previsión legal en nuestro derecho positivo, se han pronunciado con anterioridad órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, criterio que comparte y reitera este Supremo Tribunal (Vid. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Emilia Ochoa Serrano, de fecha 29 de enero de 1987).

Por lo demás, observa la Corte que en nuestro medio existen otras acciones aptas para la solución de posibles conflictos que surjan entre los poderes públicos, situación que se contempla en el ordinal 8º del artículo 215 de la Constitución, y es desarrollada en los numerales 14 y 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, las citadas normas atribuyen competencia a la Corte Suprema de Justicia para dirimir controversias intergubernamentales, conflictos de cualquier naturaleza que se susciten entre la República y algún Estado o Municipio, o entre esos entes descentralizados político-territorialmente : Estado o Municipios entre sí ; o por último, las controversias que se susciten entre los funcionarios del orden político o administrativo de la Nación, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Así, es evidente que al versar la presente causa iniciada por el Procurador General de la República sobre una controversia suscitada entre el Ejecutivo Nacional y la Comisión Delegada del Congreso, en relación con la competencia y atribuciones que a cada uno de estos órganos incumbe en materia presupuestaria, podría haberse utilizado alguno de esos mecanismos judiciales que resulte idóneo para resolverlo.

De otra parte, se observa que la separación de funciones entre la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público, asoma inicialmente con brevísima vigencia en la Constitución de 1947 t definitivamente consagrada en el Texto Fundamental de 1961, obedeció precisamente a la inconveniencia de reunir en un solo funcionario la representación de los intereses patrimoniales de la República y de asesor del Ejecutivo nacional con la de vigilante de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público.

Separada hoy esa dualidad de funciones en capítulos especiales de la Carta de 1961 ('De la Procuraduría General de la República Título VI Capítulo IV' ; 'Del Ministerio Público Título VII Capítulo IV'), resulta incontestable que es al Ministerio Público, órgano constitucionalmente señalado para velar por la exacta observancia de ese Texto y las Leyes, al que corresponde, actuando bajo la dirección del Fiscal General de la República, ejercer las acciones necesarias tendentes al restablecimiento de la legalidad vulnerada por el ejercicio del Poder Público, en cualesquiera de sus ramas.

De ahí que, en lo que atañe a la rama administrativa, concluye esta Corte que en nuestro derecho positivo, es al Ministerio Público al que compete velar por el sometimiento de las actuaciones administrativas al ordenamiento jurídico, no estando permitido, en cambio, a un ente integrante del complejo orgánico de la Administración



Pública el ejercicio de vías judiciales dirigidas a la revisión o anulación de actos emanados, sea del propio autor del acto cuya revocatoria se pretende, sea de otro organismo de la Administración. En tal virtud, carece efectivamente el Procurador General de la República -como sostienen los representantes del Parlamento- de cualidad procesal para impugnar judicialmente un acto dictado por el mismo órgano que él representa.”(entre guiones y negrillas de la sentencia)

Sin embargo el mismo fallo tuvo una opinión disidente (entre nosotros se le denomina **voto salvado**) que versó sobre varios aspectos del mismo entre ellos el relativo a la ilegitimidad declarada.

Se señaló lo siguiente :

“1.- LEGITIMIDAD DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA. LA PRESUNTA INTERPOSICION DE UN RECURSO DE LESIVIDAD.

*Lo primero que emerge del recurso interpuesto es la posibilidad de que se trate de una vía procesal no reconocida en el derecho venezolano, como lo es el **recurso de lesividad** que, algunos sistemas de control de los actos administrativos admiten, por medio del cual la Administración puede impugnar sus propios actos viciados, cuando no posee el ejercicio de la potestad anulatoria, y menos aún de la potestad revocatoria. Efectivamente, en el régimen actual de la Procuraduría General de la República, no le ha sido otorgado el ejercicio del recurso de lesividad, en el sentido que antes se indicara, por cuanto no hay una previsión expresa de que la Administración pueda ocurrir ante el organismo jurisdiccional para solicitar la declaratoria de nulidad de un acto, aun cuando el mismo esté viciado de nulidad absoluta. Se dice como correctivo de esta carencia, que la potestad anulatoria, acordada en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 83), le permite a la Administración “**reconocer**” la nulidad absoluta de los actos*

que estén afectados por los vicios previstos en el artículo 19 de dicha norma. Es decir, en cualquier tiempo y, de oficio o, a instancia de parte, si el acto está viciado de nulidad en forma que resulte insanable y no pueda ser convalidado porque está afectado por una irregularidad que es contraria al orden jurídico, la Administración no tiene límite alguno para hacer el “reconocimiento” al cual alude el citado artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Al efecto, tal facultad que no es otra cosa que una potestad anulatoria, ya que la Administración no estaría impedida de ejercerla si se alegaren derechos surgidos del acto respecto a los administrados, por cuanto el vicio es de tal magnitud que no permite que el mismo genere efectos válidos, y menos aún, constituya derechos en relación con los destinatarios.

Ahora bien, las consideraciones que hemos hecho, nos ponen de manifiesto que el argumento en base al cual la propia Administración no tendría legitimidad para ocurrir contra sus actos que estime viciados, no sería válido en los casos en los cuales ella carezca de la potestad anulatoria, porque o bien el acto no está viciado de nulidad absoluta; o bien, aun cuando se origine en su seno, ha atravesado por otras etapas o fases en las cuales la complementación de su validez o el otorgamiento de su eficacia corresponde a un órgano externo, sobre todo, si tal órgano tiene poder y lo ha ejercido, para variar en alguna forma el contenido, objetivo, o cualquier elemento esencial del acto. Visto en tal manera, estimamos que la argumentación de la sentencia respecto a la falta de legitimidad por no existir el recurso de lesividad, no se presenta como suficientemente sólido.

*Por otra parte, debe pensarse que el objeto del recurso, es uno de esos actos que tiene la categoría de **actos organizativos**, y que en consecuencia, **se equiparan a los actos generales** para cuya impugnación, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no exige una legitimidad*



*especial (acción popular). Si tal es la situación, resultaría absurdo que **cualquiera** posea la capacidad para impugnar el acto, y no así el Procurador General de la República aún cuando considere afectados los intereses que tutela y protege por un acto específico, y que resultaría el único excluido de la posibilidad de accionar.*

La última consideración expresada en el fallo sobre la materia, en el sentido de que la actuación del Fiscal General de la República en el juicio, pidiendo el pronunciamiento de la Corte sobre el problema de fondo, no aparece con suficiente fuerza para sustituir el impulso procesal originario, no se estima correcta. En efecto, el Fiscal General de la República, si bien es cierto que compareció al proceso, no lo hizo para coadyuvar con el recurso, ni para constituirse en parte en el mismo, sino para presentar su opinión o dictamen, el cual fue adverso a la nulidad solicitada, y por ello, mal podría equipararse al impulso procesal que faltaría en el caso de no estimarse válido el del Procurador General de la República.

*Observa la disidente, que el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es tajante, al exigir de la Corte que conozca sólo “**de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada, salvo los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la Ley**”. Si se pretendía la aplicación del artículo 82 en la forma más rígida, esto es, la iniciativa del recurso a instancia de parte legitimada, la misma no podía suplirse ni con una actuación sobrevenida (no dirigida entre otras cosas, al mismo fin que el recurso persigue, que no es otro que la nulidad del acto), ni tampoco obviarse la cuestión, considerando que el impulso fue dado originariamente, y que a pesar de la ilegitimidad del recurrente, la Corte se consideraba por ello habilitada para seguir actuando.*

*No puede menos la disidente que objetar el razonamiento al cual se aludiera, por cuanto la **seguridad y la claridad jurídicas** rechazan este tipo de posiciones intermedias. Si*

la Corte quería actuar con toda la rigidez del formalismo con que lo hace normalmente al conocer de los requisitos de admisibilidad, estaba en todo su derecho para hacerlo; pero, no podía buscar una vía intermedia para complacer el criterio formalista, y al mismo tiempo, entrar al fondo de la controversia. Al plantearse el problema de la legitimidad, la Corte sólo podía negarla y declarar inadmisibile el recurso; o bien, acoger las consideraciones que hemos hecho precedentemente, respecto a la facultad de actuar del Procurador General de la República ante un acto que nace originariamente de su representada (la Administración); pero que, se transforma en virtud de la autorización del Congreso, en otro de naturaleza diferente, por lo cual él no tiene por qué considerarse como el representante del autor del impugnado, aún cuando lo hubiese originariamente decretado”.

B. Confianza legítima y conflicto entre actos legislativos y actos jurisdiccionales.

Señala el cuestionario que el concepto de confianza legítima ha sido utilizado para definir las condiciones en las cuales pueden operar las condiciones de la llamada validación legislativa, regla según la cual un acto legislativo no puede suspender una decisión jurisdiccional que sea definitiva.

El punto planteado a nuestro ver tiene relación con el problema de la **reedición** del acto concepto este que alude a la prohibición de dictar un nuevo acto igual o análogo a otro que haya sido suspendido o anulado por una decisión jurisdiccional firme.

Esto tiene importancia en relación con los actos de la Administración que tratan de eludir el control jurisdiccional mediante la emanación de un mismo acto de la misma naturaleza y continuidad que el que se encuentra impugnado o bien ha sido suspendido por orden del juez.

A esta figura se le denomina acto reeditado.

Los anteriores criterios fueron recogidos en la sentencia del 18 de agosto de 1997, relativa a la acción de amparo constitucional interpuesta por



los abogados de una aerolínea venezolana AVENSA en contra del Ministro de Transporte y Comunicaciones, en la cual se estableció lo siguiente:

La reedición del acto es un mecanismo que se ubica dentro de la esfera de la desviación de poder, por cuanto a través del mismo se dicta un nuevo acto por una autoridad pública que se presenta idéntico en su contenido y finalidad a uno precedentemente dictado por la misma autoridad, o por otra de su propia esfera de competencias, cuyo objetivo se presume constituido por la intención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de su decisión originaria, cuando ya han operado los mecanismos para el ejercicio del control de la legitimidad ante el organismo competente.

Los supuestos generales para que se realice la reedición del acto están constituidos por: 1. Es dictado un acto idéntico o semejante en sus elementos esenciales a un acto precedente, que ha sido impugnado o cuya eficacia ha sido suspendida o se encuentra en curso de serlo; 2. A través del nuevo acto se trata de eludir el control del juez sobre el acto originario o desconocer la protección que el mismo le ha otorgado o puede otorgarle al administrado.

En general se estima en la doctrina de avanzada que se tendrá como el mismo acto objeto de un recurso contencioso-administrativo originario que hubiese sido objeto de suspensión o de nulidad, a los actos posteriores de la Administración, que conserven en esencia su mismo contenido, objeto y finalidad y se destinen a los mismos sujetos.

Las consecuencias de la reedición son las siguientes:

a. El procedimiento incoado contra el primer acto se extenderá al segundo, por lo cual ambos serán considerados como objetos plurales de la impugnación originaria. De allí que, no se tratará de un nuevo objeto o causa

pretendi sobrevenido, sino de la prolongación del mismo acto inicial. Por lo anterior, el juez podrá pronunciarse no sólo sobre el primer acto impugnado, sino también, sobre el acto que se califique como reeditado ;

b. La extinción del primer acto (por revocación, anulación o modificación sustancial) no puede llevar a la declaratoria de que “no hay materia sobre la cual decidir” en el recurso de nulidad, porque el mismo se considera, sobrevive en el acto reeditado.

c. Constatada la reedición, esto es, la identidad entre los actos, la medida cautelar que fuera acordada o solicitada respecto al primero, se trasladará al segundo.

De todo lo anteriormente expuesto puede deducirse que los elementos necesarios para que se califique a un acto como reeditado son: a. Emisión de un mismo acto sustancialmente idéntico; b. Emitido por una misma autoridad; c. Emitido por una misma causa; d. Emitido para los mismos efectos.

IV. LAS MATERIAS EN LAS CUALES SE APLICA EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

No puede considerarse que exista ninguna aplicación directa del principio de confianza legítima; pero sí de aplicación de cualquiera de los múltiples fundamentos, instituciones y reglas que están vinculadas con el mismo.

Las materias sobre las cuales han recaído decisiones que en alguna forma aluden a la confianza legítima ya han sido mencionadas a todo lo largo de la exposición que antecede, por lo cual recapitulando sobre las mismas podemos mencionarlas así: La materia tributaria; el régimen de la función pública ; el régimen de las autorizaciones, concesiones y permisos de la Administración Pública ; la materia de minas ; el régimen de las sanciones administrativas o derecho disciplinario.



V. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CONFIANZA LEGITIMA

Los elementos sobre los cuales se fundamentaría la protección de la confianza legítima serían los siguientes:

La existencia de un interés o de una expectativa de derecho derivados de la conducta de la contraparte, bien de un ente público de cualquiera de las esferas de los Poderes Públicos, Ejecutivo, Legislativo o Judicial, o bien de un particular. Se trata de una expectativa que nace de una conducta de la contraparte que presume su voluntad de atender a la pretensión de la otra parte. Tal posición es reiterada, constante, pacífica y notoria.

Por lo que atañe al elemento subjetivo estimamos que la legitimidad de la pretensión pudiera no ser un factor decisivo por cuanto es posible que surja una confianza o expectativa plausible ante un hecho que no tiene visos de legalidad. Por ejemplo podría darse que una materia considerada ilegal vaya a ser colocada en el ámbito de la legalidad y justamente en virtud de ello surja la expectativa que posteriormente no llegue a concretarse. Basta, según el criterio expuesto, que se trate de una “expectativa plausible”, esto es, idónea para producirse, capaz de hacerse presente. De allí que bastaría con que el sujeto pueda demostrar la viabilidad de su pretensión para que opere a su favor el elemento subjetivo.

Ahora bien, no puede negarse que toda conducta que implique por parte del titular de la expectativa cualquier elemento doloso e incluso si estuviese este incurso en un elemento culposo **grave** podría destruir los fundamentos de la pretensión.

VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

1. En ciertos órdenes jurídicos la confianza o la expectativa jurídica sólo tiene consecuencias sobre las reglas procedimentales que se imponen a la Administración.

Se puede afirmar que no puede invocársele como motivo de ilegalidad de un acto sino sólo como fundamento de una demanda de indemnización.

En tales hipótesis la confianza legítima es uno de los fundamentos de la responsabilidad de la Administración.

Otra postura permite verla como el fundamento de otros derechos diferentes a la reparación. La anulación de un acto, el derecho de obtener la emanación de un acto, el derecho de exigir de la Administración una cierta conducta.

En nuestro criterio la utilización básica del principio esta en dos campos diferentes: **a.-** En el de la reparación de los daños y perjuicios por la expectativa incumplida de la Administración; **b.-** En la anulación de un acto por retroactivo o incongruente.

Se pregunta el cuestionario cuales son los efectos del principio de confianza legítima en relación con las reglas que rigen la legalidad de los actos administrativos.

La legalidad de los actos administrativos implica la legalidad sustancial, la formal y la teleológica. La legalidad teleológica obliga a la Administración a ceñir sus actos a fines concretos: Si la Administración ha creado una expectativa de derecho, ha orientado su conducta a ciertos fines por lo cual el cambio de la mismo no puede ser sino el cambio de tales objetivos.

Se pregunta si la solución varía según el hecho de que la posición de la Administración tenga un carácter legal o ilegal. La respuesta al efecto es que depende de la vía a través de la cual se hace valer la expectativa legítima. Si es el recurso de nulidad por ilegalidad de la conducta administrativa no puede fundamentar una expectativa legítima. Ahora bien si se trata de una demanda indemnizatoria no importa que la expectativa haya sido legal o ilegal.

VII. LAS CRITICAS AL CONCEPTO DE CONFIANZA LEGITIMA

Se pregunta el cuestionario cuales son las críticas o reservas para el reconocimiento del principio de confianza legítima. Las críticas que se proponen como posibles pueden ser: **a.-** El carácter impreciso puede ser



una fuente de inseguridad jurídica; **b.-** El principio puede entrar en conflicto con el de legalidad, por ejemplo en el caso de una promesa ilegal; **c.-** El carácter excesivamente dogmático del concepto.

En nuestro criterio el problema del principio de expectativa legítima es la amplitud de las situaciones a la cuales puede referirse que es de tal naturaleza que llega a convertirse en una noción genérica. Sin embargo esta crítica no es sino un reconocimiento de su importancia y trascendencia. Es indudable que a través del mismo pueden refundirse una infinidad de instituciones que operaban en forma aislada pero que en él encuentran una base o elemento común.

Una gran cantidad de situaciones pueden encontrar su solución a través de la aplicación del principio de la confianza legítima. La evolución de la sociedad exige la protección de las nuevas modalidades que operan frente al Estado y una de ellas, quizás la más resaltante de todas es la expectativa plausible que, a nuestro ver puede adquirir el rango de una nueva fuente de obligaciones.

No escapa, sin embargo, las críticas asomadas a la institución aún incipiente, en el sentido, de que desajustaría las bases tradicionales sobre las cuales se erigen las fuentes de las obligaciones, al incluir un concepto no bien definido aún, que en manos de interpretaciones ligeras, puede convertirse en un factor peligroso para la propia seguridad jurídica, que paradójicamente constituye su fundamento.

Esta objeción se inserta en la temática de todos aquellos que, tradicionalmente, impiden el desarrollo de las nuevas instituciones y sólo puede atenderse como una advertencia al riesgo natural que posee el internarse en una “*terra ignota*”. Todo nuevo hallazgo implica riesgos, y es bueno conocerlos, pero no hacer de ellos obstáculos insalvables para penetrar en un criterio que se fundamenta en los valores esenciales del derecho: la justicia, la equidad, los principios generales, lo que el hombre busca como la garantía de su permanencia en la sociedad.

ANEXOS

**NOTA INFORMATIVA SOBRE LA
FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
(FUNEDA)**

LA FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA) fue creada por iniciativa de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de Noviembre de 1993, y tiene por objeto **EL ESTUDIO Y LA DIVULGACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO** en todas sus manifestaciones, de manera particular el ordenamiento, clasificación, compilación y edición de la Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la publicación, distribución y venta de tales compilaciones; la edición y venta de los libros y revistas, folletos y estudios jurídicos y demás publicaciones tanto de los Magistrados de dicha Corte como de personas ganadoras de concursos que la misma haya promovido, y en general, de todo cuanto propenda a la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo.

La Fundación está integrada por:

Miembros Fundadores:

Los otorgantes del Acta Constitutiva.

Miembros Ordinarios:

Todos los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, el Juez Titular del Juzgado de Sustanciación de dicha Corte, y los respectivos secretarios, siempre que manifiesten por escrito a la Junta Directiva de la Fundación su voluntad de pertenecer a ella.

Miembros Consejeros:

Los ex-Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Organos Directivos:

La Asamblea de Miembros, máxima autoridad de la Fundación y,
La Junta Directiva.

**INTEGRANTES DE LA CORTE PRIMERA
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Presidente:
Lourdes Wills Rivera

Vice-Presidente
Gustavo Urdaneta Troconis

Magistrados:
Belén Ramírez Landaeta
Teresa García de Cornet
Hector Paradissi Leon

**ACUERDO DE LA ASAMBLEA DE LA FUNDACION
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE FECHA 27 DE MAYO DE 1994**

**LA FUNDACION ESTUDIOS DE
DERECHO ADMINISTRATIVO**

CONSIDERANDO

Que dentro de los objetivos de esta Fundación está la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo".

CONSIDERANDO

Que el Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS ha contribuido significativamente a la divulgación del Derecho Administrativo tanto en Venezuela como en otros países de Europa y América.

ACUERDA

1°. Celebrar cada año, a partir de 1995, en el mes de noviembre, las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS, en Caracas, con la participación de relevantes personalidades nacionales y extranjeras que se hayan destacado en este campo.

2°. Entregar una copia del siguiente Acuerdo al Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS.
Dado, firmado y sellado en Caracas, a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Belén Ramírez Landaeta
Presidente

Jesús Caballero Ortiz
Vocal

Alexis Pinto D'Ascoli
Vocal

Gustavo Urdaneta Troconis
Vice-Presidente

José Agustín Catalá
Vocal

Norka Moncada Redondo
Secretaria

Fundación Estudios de Derecho Administrativo

**IV JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS
9-12 DE NOVIEMBRE DE 1998**

**LA RELACION
JURIDICO-ADMINISTRATIVA
Y EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO**

VOL. II

CARACAS, 2006

FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE

Belén Ramírez Landaeta

VICE-PRESIDENTE

Gustavo Urdaneta Troconis

SECRETARIA

Norka Moncada Redondo

© Copyright 2005 Ediciones Funeda

Hecho el depósito de Ley

Depósito legal: lf55620063403622

ISBN:980-6913-13-2

EDICIONES FUNEDA

Av. Tamanaco, Edif. Impres, El Rosal,

Caracas - Venezuela

Teléfonos: 953-19-95 953-26-65

e-mail: funeda@etheron.net

VOLUMEN II

**EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO
Y LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA**

Enric Argullol I. Murgadas

EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA

Enric Argullol I. Murgadas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat Pompeu Fabra

I. CONSIDERACIONES INICIALES

La Constitución española de 1978 define al Estado como democrático y social, señalando en el artículo 9.1 que todos «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento», reafirmando solemnemente uno de los principios esenciales que triunfaron en el momento del surgimiento del derecho administrativo. La sumisión del poder al derecho constituyó uno de los mayores avances en la organización de la sociedad política. Si bien con anterioridad hubo una parcial sumisión de ciertos actos estatales al Derecho, ésta se construyó sobre la base de separar la actividad pública que implicaba ejercicio de poder, y las repercusiones económicas de ésta y la actividad estatal ajena a relaciones de poder que se referían a una personificación jurídica separada del Estado (el Fisco). Sólo con el triunfo de la ideología liberal, con los postulados de la soberanía nacional, de la primacía de la Ley y de la preeminencia de los derechos fundamentales del ciudadano se establece un sistema de tendencialmente completo sometimiento de los poderes públicos a la ley: en los modelos más acabados existe, como en nuestro actual ordenamiento, no sólo una supeditación de los poderes ejecutivos a la ley, sino incluso del poder legislativo a la Ley superior que es la Constitución, si bien la subordinación no responde a idénticos patrones.

A un observador del siglo pasado, le aparecían claramente diferenciados dos sistemas distintos de asegurar la supremacía de la ley y del derecho. Por un lado, en los países anglosajones los poderes públicos estaban subordinados al derecho común. Por otro, en los estados continentales el poder público estaba sometido a la ley, pero no a la ley común sino a un derecho propio y ante instancias diferenciadas, con lo que se articulaba una posición peculiar -de derecho propio o estatutaria-. Actualmente, las diferencias entre estas dos formas de supeditar la administración al ordenamiento -*rule of law* y *régime administratif*- se han amortiguado, y se configura un derecho administrativo inglés o americano como consecuencia, entre otros factores, del progresivo crecimiento de la administración pública y de la multiplicación de sus actividades.

Como ya hemos señalado, la Constitución ha situado en su frontispicio la afirmación del principio de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico que es una condición indisolublemente unida a la configuración de España como Estado social y democrático de Derecho. Este planteamiento se manifiesta en dos direcciones: por un lado, se concretan las referencias para la efectividad de la sumisión de la administración al ordenamiento; por otro, se destaca, en un sentido beligerante, la finalización de la actividad administrativa en orden al desarrollo de los «valores superiores de su ordenamiento jurídico» que son «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1).

En la primera orientación destacaríamos una doble dimensión en cuanto se especifican los criterios materiales de sumisión al ordenamiento y se establecen los procedimientos que pueden asegurarlos. En efecto, en el artículo 9.3 se constitucionalizan un conjunto de principios informadores del ordenamiento, que aparte de su significación en orden a poner de relieve la superación de planteamientos positivistas estrechos, constituyen principalmente una ratificación de los valores subyacentes acumulados. «El principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (art. 9.3), se colocan como contexto de la actividad pública. Este enfoque es expresamente ratificado en el artículo 103 al disponer que la Administración pública ha de actuar «con sumisión plena a la Ley y al Derecho». Ahora bien, la Constitución no se limita a disponer esta supeditación de la administración al ordenamiento, sino que asimismo establece los cauces para la efectividad de la misma. Conviene distinguir un doble orden de perspectivas al respecto. Así, con el establecimiento de procedimientos para asegurar la dependencia del gobierno en relación con el poder legislativo (la forma política es parlamentaria y los artículos 99 a 101 contienen las disposiciones adecuadas para ello) y la previsión de que «el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y con las leyes» (art. 97), se asegura el carácter instrumental de la Administración y su dependencia, evidentemente mediata, respecto del Parlamento, el cual por lo demás puede ejercer determinadas funciones de control directo (comisiones investigadoras, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas...). Junto a esta vertiente, la Constitución proclama de forma reiterada la sumisión de la administración y en cierto sentido de todos los poderes públicos a los tribunales con lo que los ciudadanos tienen asegurada su protección frente a las actuaciones públicas. El carácter completo y múltiple de esta protección es la mejor conclusión de la exhaustiva regulación constitucional de los derechos y libertades



fundamentales y la confirmación de que las libertades públicas constituyen uno de los goznes fundamentales del vigente ordenamiento jurídico español. Nos limitamos a recordar a este respecto la cláusula de tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, enunciada con la mayor amplitud (art. 24), que elimina los obstáculos existentes anteriormente para el acceso a los tribunales, los procedimientos especiales y de amparo (art. 53.2), o la disposición contenida en el artículo 106 de acuerdo con la cual «los tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y la sumisión de ésta a los fines que la justifican», acogiéndose además el sistema de responsabilidad objetiva.

Como decíamos más arriba, la definición del Estado como social y democrático y los valores que expresamente se relacionan con la misma exige no sólo el sometimiento de la Administración y de los poderes públicos al ordenamiento, sino además el señalamiento de coordenadas para la efectiva implantación de dichos valores. La Constitución ha asumido las transformaciones experimentadas en las sociedades políticas actuales más avanzadas con el agotamiento de las formulaciones neutrales en la definición de las finalidades de un Estado en el que han irrumpido los intereses de los diversos sectores de la realidad, eso es, el Estado pluriclasista para utilizar la expresión de Giannini. Es en este marco que cabe entender el importante segundo párrafo del artículo 9 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Son válidas en este punto las palabras de Calamandrei en el sentido de que con una declaración de este tenor la Constitución ya no contiene una polémica con el pasado, como era propio de anteriores normas fundamentales, sino que emprende una auténtica «polémica con el presente» que en el texto de 1978 se concreta, incluso en los términos más precisos, en el largo capítulo III del Título Primero sobre «Principios rectores de la política social y económica» cuya necesaria instrumentación mediante la Ley no quita su valor directivo desde un punto de vista jurídico.

El señalamiento a los poderes públicos de finalidades de transformación de la realidad preexistente ponen de nuevo en un primer plano el elemento teleológico esencial de la Administración, en ocasiones oscurecido por la imprescindible perspectiva relacional. Y así lo afirma de forma expresa y clara el artículo 103: «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales». La búsqueda incesante del interés general, que ya no puede ser algo al margen de las finalidades constitucionalizadas del Estado ha de ocupar un protagonismo

que ciertos desarrollos habían limitado al circunscribirse a la problemática de su cristalización en intereses individuales. En este sentido, las directrices contenidas en el artículo 105 constituyen elementos ciertamente insuficientes para un programa de renovación en el que ya habría que incluir otras medidas que como un mayor énfasis en la acción popular, la revisión del sistema jurisdiccional y del procedimiento de ejecución de sentencias, formas de iniciativa popular no sólo en el campo normativo, sino también en relación con decisiones concretas.

Dos palabras pueden centrar la profundización de las propuestas constitucionales: organización y participación. Es cuestión ya relativamente vieja destacar la significación de los aspectos organizativos, pero su importancia crece con la progresiva multiplicación de las tareas públicas. Incluso el constituyente consideró necesario recoger algunas indicaciones -«la Administración pública... actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación» (art. 103.1)- que constituyen elementos imprescindibles para vertebrar una organización social compleja cual es la administración. Ahora bien, con mucha mayor trascendencia, se regula la organización territorial del Estado configurando un sistema, con un relevante papel del principio dispositivo, en el cual se escalonan los niveles territoriales de administración de base representativa con lo que un ideal de participación puede alcanzar las mayores cotas si las diversas instancias no se entienden sólo como centros dotados de competencias propias sino además como vías para hacer realidad la penetración de la sociedad civil en la cotidiana gestión de los asuntos propios mediante la disposición de procedimientos de intervención de las administraciones de ámbito inferior en las decisiones a cargo de las de orden superior, al tiempo que éstas, mediante transferencias, delegaciones o simples encomiendas, utilizan a aquéllas para el ejercicio de su competencia. Con ello se perfila un sistema articulado de gobierno, con la presencia múltiple y diversificada de diversas administraciones que aseguran, por el origen representativo de sus órganos de gobierno, una participación permanente de los ciudadanos sin que con ello desaparezca, ni se desvirtúe, la representación política en la organización estatal -o en las comunitarias- a través de la institución parlamentaria. Un esquema como el que se acaba de apuntar obliga a poner especial énfasis en las técnicas de programación, dirección y control, y en definitiva en las variadas vertientes en que pueden reflejarse las relaciones entre diversas administraciones públicas.

Destacando esta articulación entre las diversas instancias no se pretende olvidar la significación de las fórmulas de participación asociativa o grupal en las tareas



administrativas. Posiblemente, ésta pueda tomar un gran vigor y ser frecuentemente cauce idóneo para realizar los propósitos anunciados en la Constitución, cuyo artículo 9.2 contiene un expreso reconocimiento de las realidades sociales colectivas. En todo caso, ocioso es decirlo, esta participación tiene un carácter necesariamente complementario respecto a las vías exquisitamente políticas.

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

1. *El ciudadano y su dimensión global*

- Pactos internacionales y reconocimiento universal de derechos fundamentales y libertades públicas: prohibición de medidas discriminatorias en el disfrute de derechos básicos (art. 2º. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas; arts. 1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

El valor interpretativo de los pactos.

- Reconocimiento constitucional: art. 13.1 C.Esp. («los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas...»); la excepción de los derechos civiles activos; la excepción no comprende en el ámbito de la Unión Europea las elecciones locales. Modulación por leyes y tratados.

2. *Ciudadano en general. Concepción gradual*

- La ampliación del concepto de ciudadano. Ciudadano al margen de nacionalidad.
- Ciudadano y organizaciones supranacionales. El Tratado de la Unión Europea: ciudadanía de la Unión (art. 8.1 «Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro»); derechos y deberes destacables (circular y residir libremente, elecciones municipales, participar en elecciones europeas en el país de residencia, derecho de petición...).
- Ciudadano en el ordenamiento constitucional español. El ciudadano como sujeto activo y titular de derechos. Heterogeneidad de referencias (ciudadanos, españoles, personas, todos). Variedad de situaciones: art.23. Concepto amplio; art. 19.1 LOPJ («Los ciudadanos de nacionalidad española...»); art. 105 b) (acceso a los archivos) y participación de extranjeros en elecciones locales. Concepción gradual.
- Ciudadano en sentido estricto: ciudadano de nacionalidad española. Primera ampliación: ciudadano comunitario. Configuración global: españoles y extranjeros, sin derechos electivos, modulado por tratados y leyes.

3. *Ciudadano y relación jurídico administrativa*

- Insuficiencia de las concepciones de ciudadano para describir la pluralidad de actores y destinatarios de la relación. Las excepciones de los extranjeros; las personas jurídicas; las administraciones públicas.
- El concepto de administrado; superación del carácter pasivo; comprensión de todas las contrapartes de una Administración.
- Sentido político de ciudadano (su reafirmación en la Ley 30/1992) y virtualidad de la noción de administrado.
- Ciudadano e interesado y su diferenciación. Posiciones ligadas a esta última condición (art. 35 a) Ley 30/1992, los ciudadanos tienen derecho « a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados... »).



- **Novedades en la definición de interesado (art. 31 Ley 30/1992):** los intereses legítimos (Sentencia TC 1 julio 1985: «... el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico...»); los intereses colectivos: (art. 31.1.a) y c) de la Ley 30/1992 prevén la actuación en el procedimiento de «las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales» que serán «titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca» -art.31.2-).
4. *Ciudadano, administrado y configuración constitucional*
- **Función esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 10 y ss. C.Esp.).** La posición activa (art. 9.2 C.Esp.).
 - **El principio de legalidad (art. 103 C.Esp.).** Vinculación a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 C. Esp.).
 - **El principio de igualdad (art. 14 C. Esp.):** la eliminación de *status* privilegiados globales.
 - **El sometimiento a los Tribunales:** tutela judicial efectiva (art. 24 C. Esp) y potestad de acción judicial frente a la Administración (art. 106.1 C. Esp.).
5. *El «estatuto ordinario» de los ciudadanos*
- **El «estatuto ordinario»:** derechos subjetivos con protección ordinaria. Su relación con el procedimiento.
 - **Derechos fundamentales y estatuto ordinario.** Diverso alcance de regulación y protección. Supuestos de conexión y desarrollo.
 - **Deberes «ordinarios» de los ciudadanos.** Los deberes constitucionales (tributos). Enumeración de deberes «ordinarios»: la previsión de la Ley (arts. 39 y 40 Ley 30/92).
 - **Criterios de clasificación de los derechos.** No exhaustividad. Codificación relativa.

6. *Derechos de los ciudadanos de carácter informativo*
 - De acceso a registros y archivos (art. 37)
 - De información sobre el estado de procedimiento (art. 35.a)
 - A la identificación de las personas responsables de la tramitación (art. 35.b)
 - Asesoramiento sobre los requisitos de las solicitudes (art. 35.g)
7. *Derechos de tramitación y documentación*
 - A la obtención de copias (art. 35.c)
 - A la no presentación de documentos (art. 35.f)
 - A formular alegaciones y aportar documentos (art. 35.e)
8. *Derechos relativos a la relación con la administración*
 - A respeto y deferencia y a las facilidades de tramitación (art. 35.j)
 - Al uso de las lenguas oficiales (art. 36)
 - A exigir responsabilidades de la Administración y del personal a su servicio (arts. 35.b) y j) y 41 y 139 a 146): principio «pro cives».
9. *Otros derechos relevantes en la relación jurídico-administrativa*
 - Derecho de petición y acción pública
 - Participación en la elaboración de disposiciones generales
 - Participación en otras decisiones administrativas
10. *Derechos correlativos a obligaciones de las Administraciones Públicas*
 - La obligación de resolver y la prohibición de abstenerse.
 - La reserva legal para obligar a los ciudadanos a facilitar informes o a concurrir a las oficinas públicas (art. 39).



-
- **La realización de los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible con sus obligaciones laborales o profesionales, el reconocimiento de la asistencia de los interesados con apoyo de asesor y la garantía del principio de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento (art. 85).**
 - **Aplicación por las Administraciones Públicas de medios tecnológicos y reconocimiento de las relaciones de los ciudadanos con las unidades administrativas a través de estos medios (art. 45).**
 - **Criterios específicos en beneficio de los ciudadanos en la tramitación de los procedimientos.**
 - **Reconocimiento de los derechos ciudadanos en situaciones de carácter disciplinario o sancionador (art. 135).**
 - **Terminación convencional del procedimiento como parámetro de respeto a los intereses del ciudadano (art. 88).**

**EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN
EL PROCEDIMIENTO Y LAS RELACIONES
JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS**

María Elena Toro Dupouy

EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL PROCEDIMIENTO Y LAS RELACIONES JURÍDICO- ADMINISTRATIVAS*

María Elena Toro Dupouy
Profesora de las Universidades Central de Venezuela
y Católica Andrés Bello

Si hablar entre nosotros de relaciones jurídico-administrativas o jurídico-públicas es novedoso –estando en el origen de nuestro Derecho Administrativo el sistema francés de corte objetivo-, hablar de confianza legítima equivale a examinar el último motor de Porsche o los informes de la sonda Galileo o la última propuesta de Dolce & Gabanna.

Hasta el día de hoy, nada se había discutido formalmente en Venezuela sobre el tema.

Así, como bien lo dejó sentado la Dra. SANSÓ, el concepto de confianza legítima nos es simplemente ajeno como institución jurídica aunque no lo son en modo alguno sus características y efectos, los cuales, como se ha visto, encontramos en la aplicación de otros principios inmanentes al Estado de Derecho.

A efectos de mi exposición me parece relevante ubicar el concepto -ya claro en su definición y alcance a través de las palabras de quienes me precedieron- en su contexto histórico y jurídico (I); seguiremos con el examen de sus fundamentos (II) y del ámbito de su aplicación (III); pasaremos luego revista a los requisitos de aplicación del concepto (III) y de sus efectos (IV) y, tras una breve referencia al Derecho Comparado (VI), presentaré algunas reflexiones a modo de conclusiones (VII).

I. BREVE REFERENCIA AL CONTEXTO HISTÓRICO Y JURÍDICO DEL CONCEPTO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

La noción de confianza no es novedosa; por el contrario, está a la base del Estado de Derecho. Lo que ha ido cambiando es la forma en que el Estado genera confianza en sus ciudadanos: para el Estado Liberal del *laissez faire*

* Comentarios a la Ponencia del profesor Christian Pielow presentada en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carias», Caracas, 9-12 de noviembre de 1.998

resultaron claves al efecto los principios de legalidad, separación de poderes y seguridad jurídica como garantías frente a la arbitrariedad de la que había gozado la monarquía. Posteriormente, con la configuración de un Estado Social de Derecho, que lejos de ser un mero «guardián de la sociedad» es uno de sus principales actores, la legalidad formal devino insuficiente y los derechos cuya máxima intangibilidad garantizaba la seguridad jurídica pasaron a tener una función social que permite su modulación. Estos principios, como eran concebidos, se enfrentan con la idea de justicia material.

Así, los conflictos entre los ciudadanos y la Administración, surgidos en las cada vez más frecuentes relaciones que entre ellos se entablan en todos los órdenes de la vida¹ ya no pueden ser resueltos desde la tradicional tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La perspectiva histórica permite percibir que en el Derecho Alemán esa insuficiencia fuese quizás más aguda que en otras latitudes con sistemas objetivos de control de la actividad administrativa, debido al marcado carácter subjetivo de dicho control en aquél país, en el que el tema se aborda, no desde el acto sino desde la relación jurídica. Y es que, como sabemos, el actual sistema alemán de control jurisdiccional de la Administración -considerado por muchos como el más acabado del Derecho Comparado- está marcado por las experiencias del III Reich, a causa de las cuales el constituyente se preocupó muy especialmente por ofrecer una tutela judicial efectiva al individuo frente a las violaciones de su esfera jurídica por parte de los poderes públicos².

Así, la consagración de la confianza legítima es expresión en Alemania de la inquietud de colocar en un muy alto nivel la protección jurisdiccional de las

¹ De hecho, como ha afirmado Brewer-Carías: «... el derecho administrativo es comúnmente aplicable a los particulares al punto de que en muchos casos, es el que preponderantemente se aplica a los individuos desde que nacen hasta que mueren.» BREWER-CARÍAS, Allan R., *La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo*, Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías», Caracas, 12-15 de noviembre de 1.996.

² En general sobre el origen y características del Contencioso Administrativo Alemán, véase por todos: GONZÁLEZ VARAS, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Monografías Cívitas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Monografías Cívitas, Conserjería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 281 y ss. y BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coordinador), *La Justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Monografías Cívitas, Conserjería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Editorial Cívitas, Madrid, 1.993, pp. 33 y ss.



situaciones individuales frente al Estado, en un contexto de reacción al régimen totalitario anterior.

Ahora bien, esta circunstancia no excluye de por sí la aplicabilidad del concepto en otros sistemas. En efecto, la llamada «subjektivización del contencioso» en los países cuyos ordenamientos administrativos nacieron bajo el influjo de un sistema objetivo, es un fenómeno innegable -del cual ya nos habló el profesor GUSTAVO LINARES BENZO en este mismo foro hace algunos años- y del que da cumplida cuenta el profesor ABREU DALLARI en su ponencia presentada en estas mismas Jornadas y en la cual puede leerse a título de conclusión (que me permito atrevidamente traducir):

«De lo expuesto, resta apenas concluir que el desenvolvimiento de los estudios de derecho administrativo apunta hacia la impropiedad del uso de la expresión 'poderes administrativos', que es incompatible con los principios fundamentales del régimen jurídico administrativo, en el cual las autoridades administrativas no son dotadas de poderes puros, pero, sí, de deberes jurídicos impuestos por la ley.

(...)

En resumen, en las relaciones jurídico-administrativas debe haber un equilibrio entre poderes y responsabilidades, entre prerrogativas y sujeciones, entre potestades de la Administración Pública y las garantías constitucionales de los ciudadanos.

(...)

En ese contexto, los cultores del derecho administrativo deben profundizar sus estudios respecto a temas como la motivación, la razonabilidad, la buena fe y la estabilidad de las relaciones jurídicas, que cada vez más pasan a convivir con los principios tradicionales de esa disciplina, tales como los principios de legalidad, de igualdad, de publicidad y otros»³.

Desde otro punto de vista, el tema de la confianza legítima debe ubicarse en el eterno conflicto entre los distintos poderes del Estado, el cual, como ha apuntado GARCÍA DE ENTERRÍA, es inmanente al Estado de Derecho.⁴

³ ABREU DALLARI, Adilson, *Os Poderes Administrativos e las Relacoes Jurídico-administrativas*, ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias, Caracas, 9-12 de noviembre de 1.998.

⁴ CASTILLO BLANCO, Federico A., *La Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, Monografías jurídicas, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.998, p. 110.

En este ámbito la confianza legítima juega -como veremos más adelante- como instrumento de modulación de la libertad de la Administración frente al legislativo y frente al alcance del control de su actividad por el juez contencioso administrativo. Este es el campo de la discrecionalidad administrativa la cual puede ser y es delimitada tanto por la norma a ser ejecutada como por el juez que *a posteriori* controla dicha ejecución.

Puso de relieve el ponente como el tema de la protección de la confianza se inserta también en el de la tensión entre dos necesidades primarias de la actividad administrativa actual: la necesidad de estabilidad por una parte y de dinamismo por la otra, en una sociedad en la que, como apunta LUCIANO PAREJO, la vertiginosa evolución de las tareas estatales, en las que el factor tiempo adquiere cada vez mayor relevancia, ha repercutido en la estructura de la toma de decisiones en la que el Derecho es un medio de dirección estatal de dicha sociedad. Pero la vocación de permanencia de ese medio, el Derecho, «*está en trance de ser considerada hoy como excepción*»⁵, lo cual comporta importantes consecuencias según el mencionado autor:

«En el orden de la relación del Estado con el ciudadano, lo dicho se traduce en una subjetivización, haciendo emerger -en su diversidad y contenido real- el plano material de las relaciones entabladas entre los diferentes sujetos públicos y privados y haciendo, por ello, saltar los estrechos límites de su reducción a una relación-tipo de la que sólo resultan ser relevantes determinados momentos, los 'fijados' por los actos, las decisiones unilaterales formales de los primeros. En ausencia en las normas (primariamente las de rango legal formal) de las notas de permanencia y plena capacidad directiva de la vida social, la necesidad de confianza ha de satisfacerse por otras vías y en distinto plano, que no puede ser otro que justamente el expresado de las relaciones articuladas -desde sus respectivas posiciones y fines- entre los sujetos públicos (todos ellos: la Administración pública por supuesto, pero también el legislador y el juez) y privados con ocasión del desarrollo de los procesos programados y dirigidos por el Derecho»⁶.

También J.M.WOEHLING -Presidente del Tribunal Administrativo de Estrasburgo, Francia y Relator General del Tema «*La notion de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux*» en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en Bristol, Alemania del 26 de

⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano en Prólogo a CASTILLO BLANCO, Federico A., o.c., p. 12

⁶ *ibidem* p. 13



julio al 1º de agosto de este año- ubica la problemática de la confianza legítima en los requerimientos de estabilidad y garantía frente al cambio y adaptación que se hacen a un mismo tiempo a la autoridad pública, la cual está atrapada entre dos objetivos contradictorios: la capacidad de hacer evolucionar el orden jurídico, por un parte y por la otra, generar confianza y garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas creadas. Por ello -afirma-:

«Entre garantía de derechos adquiridos, estabilidad y previsibilidad, que constituyen la primera misión de toda autoridad pública y la capacidad de cambio, de innovación y de adaptación que representa un imperativo para toda sociedad moderna, un principio de equilibrio y de determinación de la mejor alternativa debe ser encontrado.»⁷

En mi opinión, la sola ubicación de la noción que nos ocupa como instrumento modelador del Estado Social de Derecho frente al Liberal; de un sistema de control contencioso administrativo subjetivo frente a uno objetivo; del delicadísimo y variante equilibrio entre los tres poderes del Estado y como garantía de estabilidad en la acelerada dinámica de la actividad administrativa contemporánea, nos permite adivinar su importancia. Pero sólo a través de su análisis podremos corroborar o desechar tal intuición. Dedicuémonos a ello.

II. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

En primer lugar, debemos señalar que en Derecho Comparado la noción de confianza legítima se utiliza en distintas situaciones:

1. Los particulares invocan la confianza legítima para evitar la modificación de una situación que les favorece, por parte de nuevas leyes o reglamentos o por la revocatoria de un acto administrativo.
2. También se invoca en sentido contrario, es decir, para obtener una ventaja con fundamento en ciertas actuaciones públicas que habían hecho suponer al particular que la obtendrían. Esta expectativa pudo haber sido creada por instrucciones o indicaciones contenidas en instructivos internos o compromisos previos luego desconocidos o, incluso, simplemente por una práctica administrativa o una jurisprudencia de los tribunales súbitamente modificadas. Piénsese, p.e., en una sentencia que modifique el criterio para contar los días para intentar algún recurso,

⁷ WOEHLING, J.M., *Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux*, Rapport général au XVº congres international de droit comparé, consultado en original, p. 18.

cambiándolo de días hábiles o de despacho a días continuos, con lo cual el lapso se reduce sensiblemente; ello evidentemente perjudicaría a quien, confiado en el lapso más prolongado, ya hubiere dejado transcurrir el tiempo contado en días continuos.

El análisis de su presencia o aplicabilidad se hace en dos fases²:

1. **¿Existe una situación de confianza legítima?**. Para responder deben formularse los siguientes cuestionamientos:
 - 1.1. ¿Existe un acto o un comportamiento de un ente público que haya generado la confianza del público o de un grupo o de una persona?. Ese acto puede ser una norma o un acto individual o un criterio judicial que se presenta revestido de una cierta garantía de estabilidad.
 - 1.2. ¿La confianza es legítima?. Se examina aquí el comportamiento de quien la invoca: ¿Ha actuado de buena fe o ha habido fraude o errónea información a la Administración de su parte?. ¿realmente lo sorprende la situación de la que pretende defenderse?. ¿ha efectivamente «invertido» en la situación de confianza de forma que el desconocimiento de ésta le cause un daño?.

En general, la confianza es legítima si la conducta de quien la invoca es irreprochable y la carga de la prueba al respecto recae sobre él.

2. **¿Está la confianza legítima en conflicto con otros intereses que conviene preservar?**. Al efecto debe determinarse lo siguiente:
 - 2.1. ¿Existen intereses concurrentes -públicos o de terceros-, cuáles son y cuál es su importancia?. En este caso la carga de la prueba pesa sobre la Administración.
 - 2.2. En definitiva, debe hacerse un balance entre la confianza legítima y los intereses concurrentes; debe hacerlo la Administración cuando toma la decisión de apoyarse o no en la confianza legítima y debe hacerlo el juez cuando juzga la supuesta lesión a dicha confianza.

² *ibidem* pp. 30 y ss.



Para otorgar este alcance a la noción de confianza legítima, su fundamento se ha hallado por la doctrina en distintos principios a cuyo examen nos abocaremos de seguidas.

III. FUNDAMENTOS DE LA NOCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

Ya los profesores SANSÓ y PIELOW pusieron en claro que la noción de confianza legítima involucra la expectativa que tiene un particular acerca de la actuación de los poderes públicos, de la cual espera estabilidad y con ello predecibilidad, vale decir, el «saber a qué atenerse» respecto de tal actuación, así como de la de otros particulares y de la propia, en cuanto todas están reguladas en un Estado de Derecho.

Ello implica el rechazo a «sorpresas jurídicas», a cambios súbitos e inesperados tanto de la legislación como de la práctica administrativa e incluso de la jurisprudencia. Pero como ese rechazo podría llevar a la petrificación del Derecho -el cual, por el contrario debe ser hoy ágil en la adaptación a los rápidos cambios de la sociedad, la economía y la tecnología- surge la necesidad de un instrumento jurídico de defensa de la expectativa de estabilidad que no se convierta en freno de la indispensable dinámica de los poderes públicos.

Esta observación permite deducir con facilidad que la noción de confianza legítima se ha ubicado principalmente en el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, la idea, en sus distintas facetas, puede vincularse también con varios principios a los cuales se han referido los ponentes. Veamos:

I. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Decía RECASÉNS SICHES que el Derecho es fabricado por los hombres bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual uno puede atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido). En su criterio, «*la seguridad es, ante todo, una radical necesidad antropológica humana y el 'saber a que atenerse' constituye el núcleo de esa aspiración*»⁹.

En el mismo sentido, PÉREZ LUÑO expresa con claridad que:

⁹ RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, 1977, citado por COMADIRA, Julio R. en *Procedimiento Administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.996, p. 71.

«La certeza del derecho se traduce, básicamente, en el conocimiento previo de los ciudadanos de las consecuencias de sus actos, con lo cual se tiende a establecer un clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico. En igual medida, ese clima se consolida cuando el conocimiento certero de las consecuencias jurídicas de los actos se refiere a los de la Administración»¹⁰.

El español FEDERICO CASTILLO BLANCO, en su muy reciente obra «La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo» no duda en ubicar la idea de confianza legítima dentro de la de seguridad jurídica¹¹. En el mismo sentido y en el prólogo a esa obra, LUCIANO PAREJO ALFONSO llega a la conclusión de que el principio en cuestión pertenece al principio superior de seguridad jurídica pero con un desarrollo de perfil propio «*por la relevancia adquirida hoy para la estabilidad, junto al Derecho objetivo, por las relaciones jurídicas materiales trabadas entre los concretos sujetos públicos y privados y, por tanto, la conducta entera (que no sólo los actos formales) de éstos en el seno de aquéllas; relevancia ésta que a su vez, reopera -como factor moderador- sobre el papel del Derecho objetivo como medio de la innovación social, sobre todo en su relación con el tiempo*»¹².

El vínculo entre los dos conceptos es evidente, en cuanto que seguridad jurídica significa previsibilidad y transparencia del sistema de forma que el ciudadano conozca el derecho que le es aplicable.

Estas deseables características se pueden conseguir a través de dos formas de actuación pública: a) en una forma **objetiva**, por medio de la mayor claridad, precisión y estabilidad del Derecho Positivo y b) en forma **subjetiva**, por medio de criterios interpretativos de protección de los particulares contra los efectos de la incertidumbre jurídica a ser aplicados en cada caso concreto.

Según WOEHLING, la utilización usual del término confianza legítima corresponde sobre todo a la segunda hipótesis: la seguridad jurídica obtenida a través de la protección de la situación individual de los particulares y del reconocimiento de situaciones de las cuales ellos se pueden prevaler.¹³

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, 1.991, citado por COMADIRA, Julio R. en o.c., p. 71.

¹¹ CASTILLO BLANCO, Federico A., o.c., capítulo 2.

¹² *ibidem* p. 14.

¹³ WOEHLING, J.M., o.c., p. 19.



Este aspecto de la seguridad jurídica es el que parece subyacer en la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia venezolana del 11.08.77 (registrada bajo el No. 251, caso Zonificación del Paraíso), en la que se declaró la nulidad de la zonificación como parque de un área ya urbanizada, bajo la consideración de que la indirecta reserva del dominio del inmueble que así se hacía el Municipio, equivalía a una expropiación que podría o no consumarse según la voluntad administrativa. Declaró la Corte que ello creaba *«una situación de incertidumbre incompatible con la seguridad jurídica de la que debe gozar el individuo.»*

Igual razonamiento privó en la declaratoria de nulidad de un acto municipal relacionado con la Ordenanza de zonificación de El Rosal, mediante sentencia de la Corte en Pleno del 11.02.92.

Un reciente fallo de la Sala Político-Administrativa declaró que el artículo 51¹⁴ de la Ley de Carrera Administrativa, consagratorio del principio de continuidad laboral a los fines del cálculo de las prestaciones sociales, crea al funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública *«una expectativa razonable»* de que sus años de servicio le serán computados cuando eventualmente egrese del último de los organismos¹⁵.

Sin embargo, debe destacarse que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica pueden entrar de alguna manera en contradicción, bien porque si el acento se pone en la certeza jurídica objetiva la confianza legítima debe ceder o bien porque la aplicación misma de la confianza legítima conlleva a la asunción de soluciones jurídicas inciertas en tanto que distintas en cada caso concreto, lo cual se enfrenta con la seguridad jurídica.

2. *Principio de Coherencia de la Actuación Pública.*

En algunos países la noción de confianza legítima se vincula con la de coherencia: la acción administrativa debe ser coherente con las reglas de derecho aplicables pero también con los principios procesales (*«due process of law»*) y con su propia actuación. Así, la coherencia implica resolver de manera similar las situaciones análogas en respeto al principio de igualdad.

¹⁴ Artículo 51: *«(...) Cuando ingrese a la carrera quien haya estado con anterioridad al servicio de un organismo público, el tiempo transcurrido en los cargos anteriores será considerado a los efectos de la antigüedad en el servicio.»*

¹⁵ Cfr. S. S.P-A. No. 447 del 16.07.98, caso *«Esther Martínez de Díaz»*.

En la jurisprudencia anglosajona y en la italiana una acción incoherente constituye un uso ilegal y abusivo del poder discrecional. En este contexto, el principio implica también una cierta estabilidad en la práctica administrativa y en el respeto al precedente.

Entre nosotros, la exigencia de coherencia del actuar administrativo se encuentra recogida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, especialmente en sus artículos 11, 12 y 32 que imponen a la Administración una actuación conforme a los principios de racionalidad, proporcionalidad y veracidad y le impiden aplicar nuevos criterios a situaciones consolidadas¹⁶. El irrespeto de estos principios conllevaría, como en Italia, la anulabilidad del acto de que se tratare.

3. Principio de Buena Fe.

La noción de buena fe es universal en los sistemas de derecho; no lo es en igual forma su aplicabilidad al actuar administrativo, caso en el cual implica que la Administración evite un comportamiento que induzca a error a los ciudadanos o que desconozca las seguridades que les ha dado.

En España, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ sostiene sin duda la posibilidad de tal aplicación y citando a SAINZ MORENO afirma¹⁷:

«El principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida frente a cualquier lesión objetiva

¹⁶ Artículo 11: «Los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.»

Artículo 12: «Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.»

Artículo 32: «Los documentos y expedientes administrativos deberán ser uniformes de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características. (...) / La Administración racionalizará sus sistemas y métodos de trabajo y vigilará su cumplimiento. A tales fines, adoptará las medidas y procedimientos más idóneos.»

¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Monografías Cívitas, Editorial Cívitas, segunda edición, Madrid, 1.983, p. 255.



que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada. Un acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesión, cualquiera que sea la intención del causante.»

Por su parte LUCIANO PAREJO ha señalado que el «*asiento constitucional último*» de la confianza legítima se halla, además de en el principio de seguridad jurídica, en el de la buena fe recogido a efectos de la Administración en el artículo 106 de la LPC; principio éste respecto de cuyo contenido la doctrina ha destacado su valor de confianza que inspira tanto los actos de la Administración como los de los particulares. Por ello afirma:

«Dados, pues, los términos de la formalización legislativa de la buena fe, su tratamiento por la dogmática jurídico-administrativa y su manejo por la jurisprudencia pertinente, cabría pensar que el de confianza legítima no vendría a ser sino un nombre nuevo de aquél, así como, en todo caso, una exigencia de desarrollo y actualización internos de su contenido»¹⁸.

Sin embargo añade:

«La razón de la incapacidad del principio de buena fe para satisfacer cumplidamente los requerimientos a que atiende el de confianza legítima radica más bien en su referencia a la figura jurídica del derecho subjetivo y la consecuente vinculación de su funcionalidad -a través de la figura del abuso- a la determinación de los límites mismos de aquél. Entre uno y otro no existe, pues, tanto una diferencia de sustancia cuanto de alcance, siendo el radio de acción del de buena fe más corto que el que pretende abarcar el más novedoso de confianza legítima, como ya nos consta. Esta diferencia basta desde luego para otorgar a este último justificación y autonomía, en cuanto le proporciona una funcionalidad propia. En definitiva y en línea con la jurisprudencia contencioso-administrativa, puede concebirse como una derivación, con perfil propio, del principio de la buena fe en el campo de las relaciones jurídico-públicas»¹⁹.

En Venezuela, tal como lo destacó la Dra. SANSÓ, también podría ser fundamento el principio de buena fe de la noción de confianza legítima, como

¹⁸ CASTILLO BLANCO, Federico A., o.c., p. 17.

¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, o.c., p. 18. También el profesor español Ramón PARADA ubica en el artículo 106 LPC la posibilidad de modular los efectos de la invalidación de un acto administrativo «... a fin de evitar crear una situación más grave que la que se trata de remediar.» Cfr. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, 8va. ed., Madrid, 1.996, Tomo I, p. 221.

principio perteneciente al ordenamiento jurídico todo y no sólo a una parcela de éste²⁰.

4. *Principio de Equidad.*

La noción de equidad, que implica tratar desigualmente lo desigual, es muy próxima a la idea de confianza legítima en cuanto ésta impone un balance entre un interés privado y el interés público involucrados en una situación concreta.

El concepto de confianza legítima comporta una idea de justicia material en oposición a una aplicación mecánica de reglas formales muy abstractas²¹.

Así, en la jurisprudencia alemana se usa con frecuencia la confianza legítima para encontrar una solución en una situación que ofende el sentimiento de justicia.

5. *Principio de Respeto a los Derechos Adquiridos.*

El carácter vinculante para el Estado de los derechos que ha reconocido a los particulares constituye un aspecto esencial del Estado de Derecho.

Según las conclusiones del Congreso de Bristol, derechos adquiridos y confianza legítima constituyen dos facetas del problema de la estabilidad del acto administrativo, pero la teoría de los derechos adquiridos busca sus criterios en el objeto del acto en tanto que la de la confianza legítima lo hace en la situación del destinatario del acto.

Así, la confianza legítima atañe a un comportamiento de la Administración que no está estrictamente determinado por los derechos de quien la invoca, ya que si se es titular de un derecho no es necesario alegar la existencia de confianza sino el respeto al principio de legalidad.

En cambio, el concepto de confianza legítima pertenece al ámbito de las expectativas: una persona no es titular de un derecho pero el comportamiento de la autoridad pública ha producido en ella confianza, una expectativa -que no un derecho- de obtener una ventaja o de no sufrir un perjuicio.

Es decir, la confianza legítima entra en juego principalmente cuando la actividad

²⁰ En sentido análogo, aunque en otro contexto, se ha pronunciado en Argentina Roberto DROMI en *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 6ta. ed., Buenos Aires, 1.997, p.202.

²¹ WOEHLING, J.M., o.c., p. 21.



pública no está absolutamente determinada por la norma, sino cuando la autoridad posee un poder discrecional por lo que no podría hablarse de derechos adquiridos. Sobre este punto habremos de volver.

En mi opinión, la estrecha relación de la confianza legítima con los distintos principios reseñados puede llevarnos a dos conclusiones: a) por un parte, que no es necesaria porque sus distintos efectos pueden ser obtenidos en aplicación de alguno de los principios ya consolidados;²² b) por la otra, con WOERHLING, que hace falta este principio integral porque sirve por sí solo para solucionar distintas situaciones en las que se necesita un balance entre estabilidad y cambio, ya que la confianza legítima no busca hacer prevalecer ninguno de los dos valores sobre el otro sino de optimizarlos a ambos.

Cabe destacar en este punto que la noción en cuestión -en relación con el principio de la seguridad jurídica- ha sido particularmente útil en la aplicación de la justicia en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo -dentro del cual se considera como principio fundamental de la comunidad-, precisamente por esa vocación de amplitud que posee que permite su unívoca aplicación a sistemas de derecho tan disímiles como el inglés, el francés y el alemán. Sin embargo, no es allí «camino real» sino estrecha vereda de protección rigurosamente aplicada.²³

IV. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Ya hemos comentado que el principio de confianza legítima tiene aplicación frente a todos los poderes públicos, todos los cuales, con su actuación, deben generar una confianza que no deben traicionar en el orden jurídico.

²² Así se ha concluido principalmente en Francia donde no se ha consagrado en forma expresa el principio de seguridad jurídica y el Consejo de Estado rechaza expresamente el de confianza legítima, salvo en aplicación del Derecho Comunitario (ver al respecto decisión del C.E. *Assoc. des élèves... et Mlle Poujol* del 16.03.98 y CASTILLO BLANCO, Federico A., o.c., p.p. 146 y ss.). Sin embargo, es indudable su valoración en decisiones relativas a la responsabilidad por instrucciones erróneas y promesas incumplidas. Vid. al respecto CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tomo I, pp. 94 y ss. y ORTÍZ ÁLVAREZ, Luis A. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.995.

²³ Respecto al importantísimo papel del principio en el derecho comunitario europeo, cfr.: WOERHLING, J.M., o.c., CASTILLO BLANCO, Federico A., o.c., PAREJO ALFONSO, Luciano, o.c. y MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Principios Generales del Procedimiento Administrativo Comunitario en «La Protección Jurídica del Ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)»*, Estudios en homenaje al profesor González Pérez, Ed. Civitas, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 530 a 533, entre otros.

Evidentemente que en el contexto del temario de estas Jornadas nos limitaremos a revisar su aplicación en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas, haciendo sólo una marginal referencia en cuanto atañe a las actividades legislativa y judicial.

1. La Confianza Legítima frente al Legislador.

Afirma el informe general del tema del muy reciente Congreso de Bristol que en la mayoría de los países no existe prohibición absoluta de retroactividad de las leyes.

Esta información sorprende a quienes vivimos bajo la vigencia del artículo 44 de la Constitución venezolana que dispone:

«Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.»

Esta prohibición se ha extendido, además, a toda norma de cualquier rango e incluso a los actos administrativos, por lo que la retroactividad es un grave vicio²⁴.

A falta de una norma análoga -en Venezuela nada menos que de rango constitucional- no es de extrañar que un gran campo de invocación del concepto sea el de la aplicación retroactiva de la ley, dentro del cual juega como límite al amplio poder discrecional del legislador, principalmente en la exigencia de disposiciones transitorias.

Sin embargo, la mayoría de los problemas se presentan con la llamada «falsa retroactividad», derivada de la aplicación de una norma nueva a situaciones nacidas bajo la vigencia de la norma derogada. Sobre este último tema ha tenido recientes oportunidades de pronunciarse nuestra jurisprudencia -aunque en forma ajena, claro está, a la noción como tal de confianza legítima- en los casos de aumento del tiempo de servicio de los militares a efectos de su jubilación

²⁴ Cfr. Sentencias, entre otras, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 24.09.58, 05.08.81, 09.04.87 (caso Protinal), 11.07.96 (caso IPSFA) y de la Corte en Pleno del 12.02.98 (caso Yéspica) y 02.06.98 (caso Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política).



por parte de la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (entre otras, s. S.P.-A. 11.07.96); en el caso de la demanda de nulidad de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (s. Corte en Pleno 02.06.98) y de la acción de amparo contra dicha Ley ejercida por el Presidente del extinto Consejo Supremo Electoral en protección a su derecho a ejercer la función pública para la que había sido designado (s. Corte en Pleno 12.02.98).

2. *La Confianza Legítima frente al Juez*

Indudablemente la actividad judicial es fuente de cierta inseguridad jurídica por su natural mutabilidad.

En Derecho Comparado la confianza legítima ha sido utilizada por los jueces (p.e. de Alemania y del Tribunal Europeo) para precisar los efectos en el tiempo de sus decisiones, limitándolas hacia el futuro y evitando así la vulneración que a la confianza genera la retroactividad.

Entre nosotros y en materia contencioso-administrativa, ciertamente que no se presenta formalmente ese problema. En primer lugar, porque las sentencias, en principio, surten efectos *ex nunc* salvo que sean declarativas de una nulidad absoluta y aún en ese caso, el juez cuenta con el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que le permite fijar los efectos de su decisión en el tiempo²⁵.

Esta disposición ha sido utilizada, precisamente, para evitar los perniciosos efectos de la retroactividad en el caso, p.e., de declaratoria de nulidad absoluta de nombramientos de funcionarios o de actos electorales.

Sin embargo, resulta relevante comentar un caso conocido este año por la Sala Político-Administrativa relativo a una acción de amparo contra sentencia interpuesto contra un fallo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. El accionante calificó de retroactiva la decisión porque habría otorgado efectos hacia el pasado a su decisión con lo cual había afectado su nombramiento como decano de una universidad, alegando expresamente que se estaba *«afectando su expectativa legítima de culminar el periodo decanal para*

²⁵ Artículo 131: *«En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá, de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.»*

el cual fue elegido». La Sala Político-Administrativa efectivamente declaró con lugar la acción por haber incurrido el tribunal en aplicación retroactiva de los efectos del fallo, aunque para decidir no aludió en forma alguna la expectativa legítima que se había hecho valer²⁶.

3. *La Confianza Legítima frente a la Administración.*

Es frente a la actividad administrativa que el concepto de confianza legítima despliega su mayor fuerza, naturalmente debido a que es esta actividad, de entre todas las públicas, la que entra en contacto con el ciudadano con mayor frecuencia e intensidad.

En los ordenamientos jurídicos en los que, como en Alemania y la Unión Europea, se acepta este principio expresamente, su papel más importante lo desempeña en el ámbito de la regulación estatal de la economía, campo en el que -como es de todos sabido- la confianza es un elemento crucial para la estabilidad y el crecimiento del sistema.

En este sentido, la confianza legítima sirve para modular los efectos de distintas formas de la actividad administrativa como son:

3.1 *Revocatoria de actos administrativos:*

Según se colige de la ponencia del profesor PIELOW, el más importante campo de aplicación en su país del concepto de confianza legítima es el de la revocatoria de los actos administrativos -aún de los legales-, la cual se hacía en Alemania con absoluta prevalencia del principio de legalidad hasta los años 50, desde la consagración por la jurisprudencia de la confianza legítima (la decisión líder es de 1.956)²⁷.

Dado que el punto del derecho Alemán quedó brillantemente expuesto no volveré sobre él más que de manera referencial.

Ya escuchamos como en Alemania (al igual que en otros países europeos) la cuestión de la revisión de los actos administrativos se plantea, en primer lugar, en torno a su legalidad o ilegalidad, consagrándose en principio la libre revocabilidad de los actos ilegales con efectos *ex tunc* o *ex nunc* (artículo 48 de la ley sobre procedimiento administrativo alemana). Ante la gran

²⁶ s. S.P.-A. No. 367 del 16.06.98, caso: «Rafael Ramírez Camilo».

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior del contencioso administrativo (*Oberverwaltungsgericht*) de Berlín del 14.11.56.



discrecionalidad que al respecto se otorga a la Administración, la noción de confianza legítima sirve de instrumento de la justicia en cada caso concreto.

También contempla el Derecho Alemán la posibilidad excepcional de revocar actos legales, incluso si son favorables al administrado (artículo 49 de la ley sobre procedimiento administrativo alemana). Así, los actos no favorables o de gravamen pueden revocarse hacia el futuro, pero si ha generado confianza legítima en un tercero la revocatoria quedaría prohibida.

En cuanto a los actos favorables podrían ser revocados hacia el futuro en determinados casos y en materia de subvenciones -a partir de la reforma de 1.996- podría tener incluso efectos hacia el pasado. Aquí los principios de confianza legítima y legalidad, que llevarían ambos al mantenimiento del acto, se ven sobrepasados -según nos explicó el ponente- por los de economía, rentabilidad y austeridad de las actividades estatales.

Sin embargo, de la lectura de la norma y de la exposición del ponente queda satisfactoriamente claro que los excepcionales casos de revocatoria de actos legales, incluso con efectos hacia el pasado, no vulneran el sentimiento de justicia porque todos ellos implican una conducta previsible y lógica por parte de la Administración o una participación dolosa o negligente del beneficiario del acto revocado.

En general, el tema de la confianza legítima se presenta como una forma de conciliación entre la estabilidad de las situaciones individuales y el interés público cuando éste exige el cambio de aquellas situaciones y cobra especial relevancia respecto de actos no creadores de derechos intangibles.

El análisis en este sentido debe hacerse en función de dos interrogantes a las que ya hemos aludido en forma genérica al principio: a) ¿la situación creada por el acto individual cuya revocatoria se pretende ha hecho nacer una confianza legítima?; la respuesta será negativa si i) el beneficiario del acto lo obtuvo mediante fraude o inducción a error a la Administración; ii) si no ha hecho uso de los derechos creados por el acto; iii) si podía estar en conocimiento de que el acto había sido dictado irregularmente o iv) si el propio acto no tiene carácter de permanencia²⁸. b) una vez detectada la existencia de confianza legítima en

²⁸ Ejemplo de la participación del ciudadano que le impediría alegar confianza legítima podría ser el conocido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de la acción de amparo contra sentencia de un Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario interpuesta por American Airlines: la línea aérea alegaba la ilegalidad de su clasificación como contribuyente de la patente de industria y comercio en calidad de

una determinada relación jurídico-administrativa debe evaluarse si esa confianza debe ceder ante intereses superiores al individual involucrado por razones de interés público o de respeto al principio de la legalidad o por el necesario cambio de las circunstancias, entre otros motivos.

En todo caso, según reporta el relator de Bristol, la evolución de los distintos sistemas de derecho recipiendarios del concepto de confianza legítima tienden a subordinar el problema del retiro de los actos administrativos individuales a ciertas reglas generales²⁹:

En primer lugar, la necesidad de hacer un balance entre los intereses presentes en el caso concreto, en particular, el interés público en el retiro y el privado en el mantenimiento.

Así, el principio de confianza legítima está estrechamente ligado a los de proporcionalidad y racionalidad de la decisión. En Italia, un acto revocatorio de otro cuyo retiro no es obligatorio, debe ser motivado, no sólo respecto de la ilegalidad del acto sino, además, la Administración debe demostrar que el interés en la anulación prevalece sobre la confianza legítima.

Otra de esas reglas generales, es la aplicación de un procedimiento contradictorio con audiencia del interesado y reforzadas garantías para el derecho a la defensa, aspecto que preocupa especialmente a los países de *common law* en los que la confianza legítima otorga básicamente derecho a mayores garantías procesales.

Es general también la exigencia de motivación de la decisión revocatoria.

Adicionalmente, los países más avanzados en la materia tienden a evitar situaciones extremas; en ellos la confianza legítima aconseja medidas conciliatorias como revocatorias parciales e indemnizaciones que procederían cuando no fuese posible el mantenimiento del acto generador de confianza.

«agencia de viajes», puesto que su actividad es de transporte aéreo, la cual es de competencia nacional. Alegó en su momento el Municipio demandado que la clasificación de la actora en ese renglón se había hecho a solicitud de ella misma, quien en el año 89 había pedido la concesión de la licencia para iniciar la operación de un negocio de agencia de viajes. Debe hacerse la salvedad de que el tema no fue para nada tratado en la sentencia puesto que -previa la anulación del fallo accionado- la acción contra el Municipio fue declarada inadmisibile. Tampoco puede verificarse del expediente la veracidad de los argumentos de las partes, por lo que el caso se trae a colación sólo por la pertinencia de los argumentos del demandado respecto del tema aquí tratado.

²⁹ WOEHLING, J.M., o.c., p.12



En Venezuela podemos observar con satisfacción que la confianza legítima está debidamente protegida a través del Derecho Positivo, en este aspecto de la retroactividad de la actividad administrativa, razón por la cual los conflictos al respecto se resuelven a través del principio de legalidad o de la que hemos llamado seguridad jurídica objetiva.

En efecto. Los artículos 81 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regulan detalladamente la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos, permitiendo la convalidación de los anulables (artículo 81); la revocatoria de los actos de gravamen (artículo 82) y de los absolutamente nulos (artículo 83), quedando prohibida, por argumento en contrario, la de los actos anulables creadores de derechos subjetivos o intereses legítimos.

Cabe resaltar al respecto dos notas del sistema: a) el artículo 82 estatuye el mantenimiento del acto anulable si ha originado derechos o intereses no sólo para el destinatario sino para cualquier particular, que bien podría ser un tercero con intereses contrapuestos a los del destinatario (caso de los llamados actos de doble efecto); b) nuestra jurisprudencia y doctrina están contestes -al igual que las españolas- en que para la revocatoria de un acto nulo de nulidad absoluta en aplicación del artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se debe abrir un procedimiento contradictorio en el que es insoslayable, so pena de nulidad, la participación de los interesados en el acto revisado.

Por otra parte, el ya mencionado artículo 12 de la misma Ley obliga al ente administrativo a emitir las decisiones discrecionales, manteniendo la debida proporcionalidad, racionalidad y la adecuación con el fin de la norma³⁰. A través de él -pienso- podría evitarse el eventual retiro discrecional de un acto no creador de derechos pero sí de expectativas legítimas, en el caso de que esa confianza no sea considerada como el interés al que alude el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³¹.

³⁰ Respecto del régimen de la discrecionalidad administrativa en América Latina, BREWER-CARIAS, Allan R., *Los principios de legalidad y eficacia en las Leyes de Procedimiento en América Latina*, ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, 9-12 de noviembre de 1.998.

³¹ Respecto de la potestad revocatoria de la Administración en Venezuela, Cfr. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *El reconocimiento por la Administración de sus actos nulos de pleno derecho*, en «Revista de la Fundación Procuraduría General de la República», No. 12, Caracas, 1.995; BALZÁN P., Juan Carlos, *La Potestad Revocatoria de la Administración*, Editorial Sherwood, Colección Cuadernos No.1, Caracas, 1.998; HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, *El principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos en la doctrina y en la jurisprudencia de los*

Mención aparte cabe hacer de la materia electoral en la que la teoría general de las nulidades, por lo que respecta a la anulabilidad, se supedita al principio de *preservación del voto*, de tal modo que los vicios de nulidad de los actos electorales son convalidables y es sólo si resulta imposible su convalidación o subsanación en cada caso concreto que procederá el órgano competente a declarar su nulidad³². (Permítaseme la vanidad de pensar que en tal disposición de la nueva Ley jugó algún papel el voto salvado de mi maestro, el Magistrado Luis Henrique Farias Mata, en la sentencia del 09.02.94 caso «Elecciones de Lara» y los que en sentido análogo le siguieron.)

Ya se había pronunciado en este sentido la Sala Político-Administrativa en sentencias del 14.08.91 (caso: «Municipio Bermúdez del Estado Sucre») y 05.05.92 (registrada bajo el No. 73, caso: «Angel Ramón Villegas») negando la posibilidad de anular una postulación después de emitido el voto. Se dijo en ambas oportunidades que el Consejo Supremo Electoral había «inducido a error» a los electores al incluir en la boleta electoral al candidato cuya postulación se pretendió posteriormente anular y por ello no podía volver ya sobre sus pasos.

Aunque no se hubiere mencionado la confianza legítima, es evidente su protección en este caso frente a una actuación material -que no propiamente acto- de la Administración.

En España y en criterio del Profesor RAÚL BOCANEGRA (ponente en las III Jornadas Brewer-Carías) el artículo 106 de la LPC, que introduce la buena fe entre otros elementos limitativos de las facultades de revisión de sus propios actos por la Administración, debe entenderse como una vía abierta a la introducción en ese sistema jurídico del principio de protección de la confianza³³.

Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en «Revista de Derecho Público» No. 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.985, pp. 211 y ss.; BÓVEDA Z., Mery, **Evolución jurisprudencial en relación a la revocación de los actos administrativos**, en «Revista de Derecho Público» No. 31, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.987, pp. 165 y ss. y TORO DUPOUY, María Elena, **El reconocimiento por la Administración de la nulidad absoluta de sus actos administrativos**, ponencia presentada en las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, Caracas, noviembre de 1.997.

³² Cfr. UROSA MAGGI, Daniela y HERNÁNDEZ G., José Ignacio, **Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Régimen jurídico de la actividad administrativa electoral**, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1.998, pp. 69 y ss.

³³ BOCANEGRA, Raúl, **La Revocación de los actos administrativos. En especial, su anulación de oficio**, ponencia presentada en las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, noviembre de 1.997, texto original, p.83.



Por último, cabe mencionar que la retroactividad que se condena en cualquier sistema es la que resulte perjudicial a los intereses de los particulares pero no la que le favorezca, tal como lo declaró la Sala Político-Administrativa en sentencia del 30.04.98 (Caso: Cervecería Nacional), en cuyo caso, se desestimó la denuncia de retroactividad anulatoria de un acto administrativo por medio del cual, a un ilícito administrativo, se aplicó una sanción menor prevista en una norma posterior a su comisión.

3.2 *Circulares, instrucciones, directivas o prácticas administrativas:*

El principio de confianza legítima, señaló el profesor PIELOW, adquiere cada vez mayor importancia fuera del ámbito de la revocación de los actos administrativos y dentro del de otras formas de actividad administrativa como lo son las normas internas o actos intraorgánicos –la llamada «doctrina administrativa»– y también la práctica administrativa.

En efecto, esta noción es frecuentemente invocada para constreñir a la Administración a respetar las directrices que ella misma ha dictado en documentos internos o que corresponden a una práctica administrativa regular.

En Estados Unidos de Norteamérica se alude en este sentido a la coherencia administrativa (asimilable a nuestra racionalidad) contenida en la idea de «consistency»; en Canadá se habla de una «prohibición de inconsistencia».

En los Países Bajos las directivas que se fija la autoridad administrativa para el ejercicio de sus poderes son vinculantes para ella en cuanto generan una expectativa legítima de comportamiento en los particulares, incluso si son ilegales, si, en este último caso, con su aplicación no se perjudica a un tercero. Este aspecto adquiere relevancia en muchos países (como en Francia) principalmente en materia fiscal, en la que, generalmente, la doctrina administrativa es oponible a la Administración, aunque –hágase la salvedad– no necesariamente con fundamento explícito en la confianza legítima; de hecho, la jurisprudencia alemana, tal como apuntó el ponente, suele resolver estos conflictos a través del principio constitucional de igualdad y no con apoyo en la confianza legítima.

En este sentido, resultan relevantes los artículos 157 y 158 del Código Orgánico Tributario venezolano que establecen la posibilidad de dirigir consultas a la Administración Tributaria y que no podrá imponerse sanción a los contribuyentes que hubieren aplicado el criterio expresado en dicha consulta. Tampoco podrá sancionarse a quienes, no habiendo recibido respuesta, hubieren aplicado el

criterio propio expresado al formular la consulta no respondida³⁴.

En este campo de acción del concepto de confianza legítima podrían ubicarse dos casos pendientes de decisión actualmente en la Sala Político-Administrativa (sobre los cuales, por razones obvias, no entraré en detalles):

CASO 1: Una contratista demanda a la República por falta de pago de obligaciones contractuales. La demandada opone la excepción «*non adimpleti contractus*» alegando que la contratista incumplió a su vez una serie de obligaciones establecidas en el contrato como condicionantes del pago. Sin embargo, consta en autos -según la actora- que la Administración habría recibido y pagado numerosas valuaciones previas a aquellas cuyo pago se reclama, sin hacer objeción u observación alguna y sin aplicarle las sanciones previstas al efecto, lo cual hacía presumir la irrelevancia práctica del cumplimiento de tales obligaciones a efectos del pago.

¿Vincula esta práctica omisiva a la Administración?

CASO 2: Una asociación civil sin fines de lucro es beneficiaria desde hace varios años de un subsidio que súbitamente es disminuido en casi un noventa por ciento, -lo cual compromete seriamente su operatividad- amparándose la autoridad competente en la amplia discrecionalidad que al respecto posee.

Expresamente alegó el recurrente su derecho a «confiar en la consecuencia de la Administración con su rol de gestor y custodio del interés general, fundado y reglado por el Principio de la Legalidad».

Así, el recurrente pretende prevalerse del criterio que consecuente y

³⁴ Artículo 157: «Quien tuviere un interés personal y directo, podrá consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación concreta. A ese efecto, el consultante deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la cuestión que motiva la consulta, y podrá asimismo expresar su opinión fundada./ (...)

Para evacuar la consulta la Administración Tributaria dispondrá de los plazos que fijen las leyes especiales; en su defecto el plazo será de treinta (30) días hábiles.»

Artículo 158: «No podrá imponerse sanción a los contribuyentes que en la aplicación de la legislación tributaria hubieren adoptado el criterio o la interpretación expresada por la Administración Tributaria, en consulta evacuada sobre el mismo tipo de asunto.

Tampoco podrá imponerse sanción en aquellos casos en que la Administración Tributaria no hubiere contestado la consulta que se le haya formulado en el plazo fijado, y el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión fundada que el mismo haya expresado al formular la consulta.»



reiteradamente le había aplicado la Administración y que, a sus efectos, constituía un comportamiento en función del cual planificaba su actividad.

No se alega la confianza legítima con nombre y apellido, pero, ¿cabe duda de que se funda en ella el argumento?

Otro caso conocido y decidido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo hace unos años (caso «Hariton»)³⁵ resulta un excelente ejemplo del juego de intereses que deben ponderarse al tomar una decisión con fundamento en la confianza legítima:

A instancia de la Asociación de Vecinos local, se declaró la nulidad absoluta de un permiso de construcción para construir dos torres destinadas a la venta en propiedad horizontal, por violación de la ordenanza de riesgos geológicos aplicable, y se ordenó a la Alcaldía correspondiente «la demolición de la obra». En acatamiento de dicha orden la autoridad administrativa dio instrucciones de proceder en consecuencia, encontrándose el funcionario designado al efecto que «la obra» a ser demolida era nada menos que setenta apartamentos completamente habitados. Es patente aquí la insuficiencia del principio de legalidad -que propugna la eliminación total del acto absolutamente nulo y de sus efectos materiales- para resolver el enfrentamiento entre los intereses de la Asociación de Vecinos que resultó ganadora en el proceso judicial; de los vecinos individualmente considerados a quienes indudablemente perjudica la violación de las normas de protección contra riesgos geológicos; del constructor -respecto de quien habría de determinarse si tuvo alguna injerencia o conocimiento de los hechos causantes de la nulidad-; de los dueños y habitantes de los apartamentos a ser demolidos quienes los adquirieron con buena fe y sobre la base de la existencia de un permiso de construcción válido y, por último, del propio Ordenamiento Jurídico que por principio repele la existencia de actos nulos de nulidad absoluta.

3.3. Promesas, instrucciones, compromisos.

Este es el campo típico y por ello el más frecuente de confianza legítima en los países de *common law*.

³⁵ Véase mi comentario al respecto en *El reconocimiento por la Administración de la nulidad absoluta de sus actos administrativos*, ponencia presentada en las III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, noviembre de 1.997

Entre nosotros, cabe destacar a este respecto que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la obligatoriedad, para quien dicte un acto administrativo de efectos particulares, de notificarlo a los interesados, debiendo la notificación contener el texto íntegro del acto e indicar, si fuera el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deben interponerse (artículo 73). Ahora bien, si sobre la base de información errónea contenida en la notificación, el interesado intenta algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido -por imperativo del artículo 77 *ejusdem*-, no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado. Se protege así la confianza del interesado en las instrucciones recibidas de la propia Administración.

En muchos casos la confianza legítima se toma en cuenta para autorizar a la Administración para autovincularse respecto del ejercicio de su poder discrecional (p.e. los artículos 38 de la ley de procedimiento administrativo alemana y 11 de la italiana de 1.990).

¡Haberlo sabido en la época del súbito retiro de la nefasta política de entrega de dólares preferenciales!; claro que la política cambiaria no generaba derechos subjetivos, como aclaró la jurisprudencia, pero sí, indudablemente, expectativas legítimas³⁶. Pero no vale la pena lamentarse ahora ya que en este caso, seguramente se habría declarado la preeminencia del interés público.

Fuera de estos casos generalmente no se reconoce que de tales actuaciones surjan derechos y los efectos al respecto de la confianza legítima llegan sólo al reconocimiento de daños o el reforzamiento de garantías procesales o la apertura de un recurso judicial.

Conocido ya el ámbito de aplicación de la confianza legítima, interesa ahora saber cuáles podrían ser sus efectos.

³⁶ Citar Conindustria CP.



V. EFECTOS DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

Muy variados efectos puede producir la protección de la confianza legítima; de mayor a menor serían³⁷:

1. La obtención de la medida que esperaba el particular; ya sea el mantenimiento en vigor de una norma o acto individual o el otorgamiento de una ventaja.
2. El mantenimiento parcial de la ventaja esperada.
3. La aplicación de un régimen transitorio o de una ventaja temporal o de un plazo de adaptación. Estas se consideran como las medidas más fáciles de otorgar porque resuelven con justicia el caso concreto permitiendo al mismo tiempo la modificación del Derecho.
4. La obtención de una indemnización.
5. El reexamen de la situación a través de un procedimiento más garantista que el previo. Y en general:
6. Cualquier otra que lleve a una conciliación razonable entre los distintos intereses involucrados.

Una vez conocida esta novedosa figura a través de las líneas anteriores, cabe preguntarse: ¿Qué países han recibido el principio de confianza legítima?; ¿Tiene una aplicación uniforme en todos ellos?. Las respuestas requieren de una revisión del Derecho Comparado

VI. BREVE RESEÑA DE DERECHO COMPARADO

El ya aludido informe general del XV Congreso de Derecho Comparado (1.998) relativo al tema del principio de la confianza legítima recoge el desarrollo de dicho principio en los distintos países participantes en ese Congreso; ese muy reciente documento nos informa acerca del desarrollo del concepto en Holanda, Alemania, España, Bélgica, Francia, Suiza, Italia, Venezuela³⁸, Grecia, Polonia,

³⁷ WOEHLING, J.M., o.c., p. 32.

³⁸ La ponencia venezolana fue presentada por la Magistrado de la Corte Suprema de Justicia e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Dra. Hildegard Rondón de Sansó.

Finlandia, Reino Unido, Canadá, los Estados Unidos y la Unión Europea. Muy sucintamente glosaremos esa información³⁹:

1. **HOLANDA:** el origen de la confianza legítima se encuentra en una decisión de 1.935 en materia funcionarial pero se desarrolló verdaderamente en esa materia a partir de 1.950.

Otro origen se encuentra en las ideas de coherencia y predecibilidad del derecho, propias de la tradición jurídica anglo-americana que se expresaron en la jurisprudencia relativa a los racionamientos en la época de la post-guerra, por medio de la cual se pretendió someter a la Administración a sus propias directrices dictadas en ejercicio de su potestad discrecional.

Actualmente juega un importante papel en distintas materias: a) limitación de la retroactividad o del efecto directo de las leyes; b) revocatoria de actos administrativos; c) respeto por la Administración de sus propias instrucciones, directivas, promesas y contratos y d) carácter coactivo de las directivas judiciales.

2. **ALEMANIA:** el principio tiene aquí un claro origen jurisprudencial en la doctrina de la Corte Constitucional y de los tribunales administrativos, habiendo nacido en 1.950 en decisiones relativas a revocatoria de actos administrativos. Pero fue en 1.961 que la noción fue definitivamente consagrada en una decisión de principio de la Corte Constitucional con respecto a la aplicación retroactiva de un aumento de impuestos sobre las sociedades.

A partir de 1.970 el principio se evoca, no sólo en lo tocante a retroactividad de la ley y revocatoria de los actos administrativos sino además en cuanto al valor jurídico de las tomas de posición, compromisos y directrices de la Administración; también por lo que respecta a las instrucciones internas y circulares administrativas; a la obligación de la Administración de respetar sus propias prácticas; a los efectos de las anulaciones contenciosas, etc.

Su aplicación alcanzó consagración legislativa en la ley sobre procedimiento administrativo no contencioso del 25 de mayo de 1.976.

³⁹ WOEHLING, J.M., o.c., pp. 2 a 9.



3. **ESPAÑA:** este país ha recibido el concepto del Derecho Comunitario -principalmente a través el principio de buena fe aplicable a la Administración- y fue invocado por primera vez en una decisión del Tribunal Supremo del 28.02.89. Así, la buena fe ha servido de fundamento a decisiones concernientes a derechos adquiridos, revocatoria de los actos administrativos y al alcance de la práctica administrativa⁴⁰.
4. **BÉLGICA:** el derecho belga a desarrollado la noción de confianza legítima a través de los derechos adquiridos y como parte del principio de seguridad jurídica, por un parte y como una regla de buena administración por la otra. Las decisiones más importantes al respecto datan de principios de la presente década.
5. **FRANCIA:** aunque se ha negado a aceptar el concepto como propio (decisión del Consejo Constitucional del 16.03.96), si se reconocen en este Derecho las nociones de seguridad jurídica, buena fe y previsibilidad de la actuación administrativa.
6. **SUIZA:** sobre la base de la idea de buena fe aplicada a la Administración se ha construido en Suiza, desde 1.960, alguna jurisprudencia acerca de la confianza legítima.
7. **ITALIA:** aunque el derecho italiano se ha mostrado reticente a fundamentarse en razonamientos del tipo del de confianza legítima, reconoce los principios de buena fe y de confianza del ciudadano en la seguridad jurídica y en el acto administrativo como límites para el ejercicio de la potestad discrecional de revocatoria de los actos administrativos ilegales. En este sentido, jurisprudencia reciente ha exigido a la administración que cuando se trate de la revocatoria, realice un balance entre el interés público que la exige y la confianza del interesado en el mantenimiento del acto.

Las mencionadas nociones de buena fe y de confianza también se utilizan en materia de oponibilidad de las circulares y en materia de responsabilidad de la Administración.

⁴⁰ Respecto de la recepción del principio de confianza legítima en España véase, entre otros: CASTILLO BLANCO, Federico A., o.c.; PAREJO ALFONSO, Luciano, o.c.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, o.c.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil de la Administración y el incumplimiento del Derecho Comunitario Europeo*, Escuela Libre de Derecho y Economía, Madrid, 1.989 y MARÍN RIAÑO, F, *La recepción del principio de confianza legítima en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS (Sala 3ª. Secc. 3ª.) 26.02.89, La Ley*, 1.989.

Por su parte, el artículo 11 de la ley regulatoria de los procedimientos administrativos del 07.08.90 contempla la posibilidad -propia en otros países de la noción de confianza legítima- de celebrar acuerdos con la Administración respecto del ejercicio de su poder discrecional.

8. GRECIA: la jurisprudencia griega desconfía todavía de un concepto que le parece vago y tendiente a favorecer los intereses particulares y la eternización de situaciones irregulares, a pesar de que lo reconoce como un principio de interpretación. Sin embargo, las nociones cercanas de buena fe y buena administración han sido invocadas algunas veces por aquélla.
9. POLONIA: su Tribunal Constitucional ha reconocido el principio de confianza del ciudadano en el Estado constituye la base de muchas disposiciones constitucionales y lo ha ubicado como uno de los componentes del principio de legalidad.

La cuestión de la confianza legítima y de los derechos adquiridos en el contexto de la estabilidad del Derecho ha adquirido particular importancia en la jurisprudencia constitucional de ese país, debido a importantes modificaciones legislativas ligadas a la transición democrática y a los drásticos cambios económicos.

Así, sólo un interés público superior podría justificar una actuación en contra de derechos adquiridos y en ese caso debe respetarse la proporcionalidad y el otorgamiento de garantías mínimas tales como disposiciones transitorias.

También las obligaciones de motivación y de información parecen estar incluidas en la noción polaca de confianza legítima.

10. FINLANDIA: raramente mencionada antes de 1.990, la idea de confianza legítima fue introducida por la doctrina a través de referencias al derecho alemán y ha despertado un vivo interés, dentro de un sistema dominado por el principio de legalidad objetiva. El derecho comunitario también ha ejercido su influencia a este respecto, habiéndosele ubicado hasta ahora en conjunción con la idea de corrección de la actividad administrativa.
11. REINO UNIDO: la idea de expectativa legítima se desarrolló en ese sistema jurídico a partir de 1.970 pero siempre ligada a la obtención de una protección procesal en relación con las ideas de equidad y probidad procesales. Es muy recientemente que en algunos países del *common*



law se ha ligado la idea de expectativa legítima a cuestiones sustantivas o de fondo, particularmente en Australia. Algunas veces se le ha relacionado con la idea de *stoppel*, la cual prohíbe contradecirse en perjuicio de otro, pero que tradicionalmente no se aplica a la Administración en ejercicio de sus prerrogativas de autoridad.

12. CANADÁ: allí la noción de confianza legítima es percibida -desde su aparición en 1.976, aludido por un fallo de la Corte Federal de Apelaciones- sobre todo como una aplicación del principio de seguridad jurídica y ha ido recibida a través del concepto de expectativa legítima y de equidad procesal, manteniendo -según el criterio vigente de la Corte Suprema- un contenido estrictamente procedimental respecto de los procedimientos legislativos o de producción de normas.

Sin embargo, ha sido también relacionada con la idea de *stoppel* la cual, aunque no puede ser invocada frente a la Administración en ejercicio de sus poderes estatutarios, si puede alegarse como para oponerse al ejercicio del poder discrecional cuando la autoridad administrativa se aparte de una directiva ya emitida y a la que los particulares se han sometido.

Algunos autores canadienses se cuestionan acerca de si la idea de expectativa legítima conduciría a reforzar la situación jurídica de personas o grupos que ya tienen una posición muy fuerte en la sociedad.

13. ESTADOS UNIDOS: la idea que en el derecho norteamericano se acerca más a la noción de confianza legítima es la de *consistency* o coherencia, aunque ella es raramente aludida en forma expresa por la jurisprudencia. En todo caso, el concepto se percibe más desde una dimensión objetiva, poniendo el acento en la obligación de la Administración de mantener un comportamiento coherente, desde un punto de vista subjetivo relativo al aspecto de derechos o de posiciones legítimas adquiridos a favor de los particulares y frente a la Administración.
14. COMUNIDADES EUROPEAS: la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció tempranamente el principio de confianza legítima en relación con el principio de seguridad jurídica y en cierta medida para modularlo. Decisiones de 1.957 y 1.961 hacen ya referencia a la noción respecto de la estabilidad de las situaciones. El principio es expresamente reconocido por la jurisprudencia de la Corte a partir de 1.973 (81/72 *Comisión vs. Consejo* Rec 73 p. 575; 1/73 *Westzucker* Rec. 73 p.

723). Desde 1.981 es considerado como un «principio fundamental de la Comunidad».

Su aplicación se invoca principalmente en materia de revocatoria de actos administrativos, de retroactividad y de modificación de la reglamentación y permite regular la mutabilidad del Derecho Comunitario.

El reconocimiento del principio en cuestión por el Derecho Comunitario ha tenido una importante influencia en su recepción por los derechos nacionales de los países miembros, cuyos jueces, en todo caso, deben aplicarlo, en la forma en que es entendido por la Corte de Justicia, en cuanto a la aplicación del Derecho Comunitario se trata. Sin embargo, su influencia en el derecho interno es distinta según el país de que se trate.

Dicho todo lo anterior, se impone ahora la presentación de algunas reflexiones a modo de conclusiones.

VII. CONCLUSIONES

Aunque desconocida entre nosotros como entidad jurídica o como principio del derecho, la confianza legítima no nos es ajena en lo absoluto, ya que, como hemos tenido ocasión de comprobar, muchas de nuestras instituciones e incluso de nuestras disposiciones de Derecho Positivo la protegen, sin nombrarla, en muy distintos aspectos.

Así, la irretroactividad de las normas y actos normativos está garantizada por la propia Constitución, al igual -por extensión- que se prohíbe la retroactividad de los actos administrativos, de los criterios de la Administración e incluso de las decisiones judiciales.

Por otra parte, la intangibilidad de los actos administrativos creadores de derechos subjetivos o intereses legítimos -incluso para una persona distinta de su destinatario- está consagrada por la ley, e incluso se condiciona la retirada de los actos absolutamente nulos -y por lo tanto incapaces de crear derechos o intereses- a la tramitación previa de un procedimiento administrativo con audiencia de los interesados, so pena de nulidad.

Como límite a la potestad discrecional de la Administración, la confianza legítima encuentra adecuado cobijo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual consagra a texto expreso no sólo que dicha potestad



debe ejercerse en forma racional, proporcional y veraz, sino que la actividad administrativa toda debe realizarse en forma racional y eficiente.

También se resguarda en la misma Ley la confianza de los administrados en las instrucciones recibidas de la Administración a través de las notificaciones de los actos administrativos de efectos particulares, las cuales deben hacerse, no sólo al destinatario del acto sino a todos aquellos a quienes el acto en cuestión afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos.

En materia fiscal se reconoce el poder vinculante de las consultas evacuadas por la Administración Tributaria.

Ahora bien, el campo más subjetivo de la confianza legítima, dentro de la llamada «seguridad jurídica subjetiva», es todavía inexplorado entre nosotros, excepción hecha de las pocas decisiones jurisprudenciales reseñadas a lo largo de estas líneas. Vale destacar que es en este punto que el Derecho Comparado se revela como más restrictivo, tanto en el reconocimiento de la existencia en una determinada situación de confianza legítima como en los efectos que a ésta se otorga en el caso concreto.

Correspondería aquí, como en otras latitudes, al juez, intérprete por excelencia del Derecho, darle entrada a la noción, ya entendiéndola comprendida dentro del principio de buena fe o de equidad o del de seguridad jurídica- que es en mi opinión el lugar más adecuado al efecto- o incluso como un principio distinto integrante de los principios generales del derecho que son, entre nosotros, fuente de derecho.

Y, claro está, para que algún funcionario público o un juez pudiera pronunciarse al respecto, habría que pedírselo; ello queda en manos de los administrados ... y de sus abogados.

**LA COMPOSICIÓN, EL ARBITRAJE O LA
TRANSACCIÓN COMO MÉTODOS DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
ADMINISTRATIVOS**

Sandra Morelli

LA COMPOSICIÓN, EL ARBITRAJE O LA TRANSACCIÓN COMO MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS

Sandra Morelli
Profesora de la Universidad Javeriana
y del Externado de Colombia

I. INTRODUCCION

Las Jornadas de derecho administrativo que desde hace ya 4 años se vienen organizando como justo y oportuno homenaje al profesor Allan Brewer Carías, además de ser un excelente escenario para departir con las más destacadas figuras del derecho administrativo en la actualidad, constituyen un gran observatorio de esta área del derecho que no puede resistirse a servir de instrumento para que realmente la función administrativa esté al servicio de los intereses generales y se desarrolle con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...», tal y como ha sido el *desideratum* del constituyente en Colombia -Artículo 209 constitucional-.

Es por ésto que el derecho administrativo hoy se está viendo abocado a cambios en su esencia, cambios que nos imponen reflexionar sobre el futuro de éste como categoría autónoma, regido por un principio de legalidad inflexible y orientado teóricamente a realizar el interés público que en la práctica se asume como antagónico al de los administrados en la medida que se esgrime como razón única y suficiente para mermar los derechos de éstos. Caracterizan también, a este derecho administrativo, las prerrogativas de que goza la administración y la existencia de un juez especializado que juzga sus actuaciones también a la luz de la legalidad formal de tal manera que los resultados de la gestión administrativa ocupan un lugar secundario.

De los cambios a que hacemos referencia da cuenta el temario de las IV Jornadas donde se plantean temas de reflexión tales como «La formalidad e informalidad en el procedimiento y en las relaciones jurídico administrativas», o «La flexibilización del procedimiento administrativo y los actos consensuales».

Ejemplos concretos de las modificaciones del *ius* administrativo, los encontramos en el ámbito de la contratación administrativa, que ahora se pretende un instrumento ágil de administración, o en el área de los servicios públicos que se privatizan de cara a las demandas de cobertura y calidad que la administración pública no satisface, o cuando lo hace, ello le resulta muy costoso.

Qué está sucediendo? Lo que ya se advertía en el seminario de derecho administrativo en la Universidad de la Sorbona Paris I a cargo de Françoise Dreyfus en el año 89: una tendencia a la privatización del derecho administrativo, o más exactamente, una tendencia a someter al ámbito del derecho privado muchas de las áreas concebidas como de interés público, antes indelegables por parte de la administración, y por tanto constitutivas del objeto mismo de esta área del derecho.

El asunto resulta particularmente evidente en relación a los servicios públicos. Recordemos a Duguit y su teoría del servicio público concebida como objeto y delimitación del derecho administrativo. Hoy el servicio público se eroga sólo de manera excepcional por el estado, entidades territoriales u otras organizaciones públicas. Esto sucede de manera tan sólo cuando el privado no asume su prestación por no resultarle atractiva económicamente, o porque el estado decide que ciertos sectores deben seguir bajo su propiedad y gestión.

Procesos de este orden indican que el derecho administrativo se está quedando sin objeto, o al menos, este se está haciendo más esbelto a medida que se hace más esbelta la administración, a medida que se aligeran los procedimientos y se suprimen trámites. El derecho administrativo de raigambre francesa ha visto sacudido sus pilares de cara al neoliberalismo.

La consecuencia de esta políticas en el derecho administrativo se concreta en un tránsito de lo público a lo privado, contrariamente a lo acaecido en las primeras décadas del siglo cuando lo público absorbió grandes terrenos del derecho civil. Todo para realizar mediante el intervencionismo de estado, el estado social de derecho.

Dentro de esta evolución, particularmente en Colombia, la «justicia arbitral» y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos han venido ganando un espacio muy importante también en el ámbito del derecho administrativo, hasta el punto que el arbitramento resulta ser la regla general en todos los contratos estatales de relevancia económica. Por su parte, la composición, la transacción, y la conciliación han ido granando terreno y tanto las instancias administrativas, como las legislativas y judiciales, así como la cooperación internacional han contribuido a crear la cultura de la prevención del litigio y de la composición amigable de éstos.

Tales figuras imponen serias, pero sobretodo interesantes preguntas respecto de la administración de justicia como función pública; de la pertinencia de la jurisdicción arbitral cuando una o todas las partes en litigio son personas de



derecho público y el asunto concierne al interés general. También surgen interrogantes sobre el control de la legalidad que le corresponde ejercer al juez administrativo, sobre el carácter de indisponibles de los dineros del erario público, o sobre si el árbitro se puede pronunciar respecto a la nulidad del contrato. Cabe preguntarse además, sobre la conciliación respecto de actos administrativos, sobre el alcance de la cláusula arbitral, sobre la validez de las cláusulas arbitrales cuando el contrato contentivo de ésta es declarado nulo.

Todos estos interrogantes llevan a respuestas que muy frecuentemente inciden en la estabilidad de las columnas conceptuales del derecho administrativo *a la française*, tal y como es el caso colombiano.

Ahora bien, en toda esta evolución indudablemente se puede presentar conflictos no sólo, entre los procedimientos y las formas del derecho administrativo, sino incluso entre sus pilares conceptuales y el imperativo de contar con una administración igualitaria, moral, eficaz, económica, acelerada, imparcial y pública que esté al servicio de los intereses generales y que deba coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado. (Artículo 209 de la Constitución colombiana)

Es más, el conflicto se puede presentar entre el principio de legalidad, columna del derecho administrativo y valor guía de la actuación de la administración, y la efectividad de los principios rectores del Estado, toda vez que la legalidad ha perdido su razón de ser original cual es la de contener la actuación arbitraria de la administración frente al ciudadano, para convertirse en fuente misma de vulneración de derechos en la medida que obstaculiza, entorpece, hace costosa y envece imposible la adecuada prestación de servicios. Esto sucede al mismo tiempo en que todo se cubre con un manto de validez jurídico-formal, carente de contenidos, lo que constituye la manifestación perversa del principio de legalidad.

Es que ya el orden jurídico administrativo no puede ignorar que al haberse superado el estado de derecho por el estado constitucional, el valor de la legalidad se ve completado y ensanchado por una serie de principios rectores de la acción estatal cuales son los del estado social de derecho, democrático, participativo, pluralista y autonómico, y es precisamente para la realización de estos principios que deben actuar el Estado y la Administración, pues el concepto de legalidad formal, abstracta y estática en buena hora ha perdido vigencia.

Sobre el nuevo paradigma del estado constitucional conviene hacer unas breves consideraciones:

«En el mundo jurídico hay preocupación por el *advenimiento* de la corriente postmoderna del derecho de principios, donde la interpretación jurídica es guiada por el propósito legitimador de dar aplicación, o tónica o argumentativa, a los principios rectores o valores establecidos en la Constitución, que en todo caso han de regir el ser del Estado y de los comportamientos sociales. Miedos provenientes del *iusnaturalismo* y del autoritarismo, pero también del *confort* administrativo que para los operadores jurídicos han constituido los principios de la certeza y la seguridad jurídicas del modelo positivista (*degenerado*).

«En contraste, la propuesta política y jurídica del estado constitucional, por su lógica y coherencia, por su racionalidad y también por su razonabilidad, amerita de nosotros los presuntos conocedores del derecho, el pensar con juicio en fortalecer o simplemente rediseñar el *modus operandi* de esta forma del derecho *manso*, a través de un método de aplicación que afirme y sostenga la vigencia de los derechos fundamentales en juego, la construcción de una sociedad sin (demasiadas) desigualdades materiales, el reconocimiento de la pluralidad como libertad de ser distinto, y hacer al hombre simplemente digno»¹.

Si bien es cierto este nuevo paradigma jurídico ha entrado en la lógica del juzgador constitucional cuando se pronuncia respecto de casos concretos -artículo 86 constitucional-, no olvidemos que éste interviene *a posteriori*, cuando el daño se ha causado o para prevenir su causación. Se trata entonces de una intervención remedial y en el mejor de los casos preventiva, con repercusiones en principio individuales. Se impone entonces reflexionar sobre la administración que aprioríticamente debe crear las condiciones del estado propias de un auténtico Estado constitucional.

«No olvidemos que el paso del estado de derecho al estado constitucional -se ha dicho- implica un cambio de visión del mundo, y por tanto una ruptura epistemológica².

«El Estado constitucional y su derecho de principios, superan los engaños del supuesto anterior, proponiendo, uno, el rompimiento de la

¹ Construcción que a vuelo de pájaro se observa en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, publicado en Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. A nuestro juicio, empero, la idea es más simple, como ha de verse, pues hasta ahora todo el razonamiento se puede construir a partir de los supuestos de la igualdad y la libertad juntos.

² Morelli, Sandra, «El nuevo paradigma del derecho constitucional la posmodernidad», en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Noviembre de 1996, p.p. 69-113.

«Ha de excluirse -no sobra recalcar- el equívoco parecer de que el derecho de principios niega en bloque al positivismo. El discurso del derecho de la posmodernidad es un discurso inclusivo, que acepta todo lo que pueda redundar en beneficio de la sociedad y de los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico, de modo que mejora y embellece la teoría del Derecho adicionando a ella, como criterio de justicia, la categoría de los principios constitucionales, que son a la vez valores éticos y jurídicos.

«Por supuesto que para la cultura occidental, la inserción del modelo del Estado de derecho ha sido un paso importante en la construcción del tipo de estado o de organización social que mejor satisfaga los intereses colectivos y los intereses individuales o de grupo. La introducción de sus conceptos como el valor de la libertad, el sometimiento a derecho de las autoridades, la limitación de poder y los controles, son claves del funcionamiento del estado, que se mantienen vigentes. El salto de cualidad, el refuerzo argumentativo se encuentra entonces, en que para quiénes tienen en sus manos la realización del derecho, es la verificación de los principios constitucionales, de las reglas abiertas del orden jurídico mayor, la actuación que convalida en su totalidad, el ejercicio de sus poderes, la que define su justicia y su validez, su eficacia como derecho.

«Antonio Baldasarre, sienta al respecto: «En resumidas cuentas, el discurso de Kelsen debe ser retomado partiendo de la diferente concepción de la democracia como una forma de organización de la sociedad y de entender el poder político fundada en los valores de la libertad individual y de la igualdad de oportunidades. Ello comporta que una teoría constitucionalista coherente con los principios de la Democracia pluralista no puede terminar disolviéndose nunca en puro formalismo. En otra palabras, aquello que estaba bien para un «Estado legal» como el estado liberal, cuyo principio básico venía dado por el imperativo categórico formal de considerar a cualquier hombre igual ante la ley, no resulta en cambio suficiente ahora para el Estado Constitucional de la Democracia pluralista, que no puede reconocer como propios fundamentos imperativos categóricos puramente formales, o si se prefiere, a la ley como tal ley, con independencia de cual sea su contenido, sino que exige que éstos sean proporcionales a los valores sustanciales o materiales de la Constitución»⁴.

Ante esta transformación sustancial del concepto de estado, cómo podría permanecer inmutable la administración, el derecho administrativo y la justicia administrativa misma?

⁴ «Constitución y teoría de los valores», en Separata de la «Revista de las Cortes Generales», número 32, Madrid, 1994, p.27. en «Derecho constitucional para la paz», Sandra Morelli y Magdalena Correa, en Imprenta.



No olvidemos que en el mundo se han operado cambios estructurales. Al respecto se lee en el libro del jurista y humanista Agustín Gordillo en su libro «Después de la reforma del Estado»: «Toda política, decía Paul Valéry, implica alguna idea del hombre, y toda administración también. El contexto mundial es entonces, al menos por este fin de siglo, el de una ideología y una concepción del hombre y del Estado distinta de la que prevaleció durante el siglo»⁵.

En este estado de cosas pareciera que la legalidad que ha degenerado en formalismo obstaculizante de los principios rectores, pierde sentido pues ha tergiversado su razón de ser primigenia cual es servir de obstáculo a la arbitrariedad de la administración para convertirse en talanquera de los derechos ciudadanos.

En este estado de cosas, y tal como lo precisa el profesor Vandelli, y adhiriendo plenamente a las consideraciones del profesor Juan Carlos Esguerra precisamente en la ponencia que tuvo a bien exponer en este encuentro sobre formalidad e informalidad en el derecho administrativo, la formalidad debe predicarse y exigirse a la administración para que no vulnere los derechos de los administrados, y éstos a su vez, no pueden ver mermados sus derechos por la imposición de informalidades que atentan contra el sentido común.

Por otro lado conviene acentuar la importancia de las formalidades en sectores de la administración que tocan directamente con los intereses de las personas como en las actuaciones de policía; por el contrario cuando se presta un servicio público como por ejemplo el de agua potable, la formalidad puede ser la primera causa de ineficiencia.

II. MARCO TEORICO

1. *La tendencia del derecho administrativo hacia las fórmulas y técnicas del derecho privado*⁶.

Margarita Beladiez Rojo en relación con el derecho administrativo afirma que éste va a seguir en su evolución un proceso análogo al seguido por el derecho privado, que pasó de una concepción rigurosamente formalista que llevó a calificar a los vicios de forma como de orden público, a una claramente espiritualista en la que en la gran mayoría de los supuestos los vicios de forma van a constituir meras irregularidades no invalidantes.

⁵ Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 1996, I-17.

⁶ Al respecto consultar BELADIEZ ROJO, Margarita. «Validez y eficacia de los actos administrativos». Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

De hecho, el carácter marcadamente formalista que se aprecia en el origen del derecho administrativo tiene su razón de ser en que en estos primeros momentos la forma constituye una garantía de legalidad de la actuación de la Administración, garantía que es de especial importancia en el caso de actos discrecionales, ya que los tribunales sólo van a poder ejercer el control de la actividad discrecional de la Administración por medio de la forma.

Conviene tener en cuenta, que esta evolución de la técnica jurídica se produce porque las nuevas demandas sociales impusieron un cambio en la concepción del Derecho. En los primeros momentos del Derecho administrativo la actividad de la administración estaba limitada. Dada su escasa influencia en el tráfico jurídico, las exigencias formales no constituían un obstáculo a su desenvolvimiento. Sin embargo, esta situación cambia cuando el aparato administrativo extiende sus poderes de intervención a todos los sectores de la vida social. El intervencionismo estatal va acaparando espacios que tradicionalmente habían estado exentos de todo control como el urbanismo, la seguridad social, la protección de los consumidores, etc. Razón por la cual si hoy se entendiera la forma con el rigor que en un principio se le otorgó, lejos de ser una garantía, constituiría una limitante al desenvolvimiento de las relaciones administrativas, con el consiguiente perjuicio no sólo del interés público, sino también de los concretos derechos o intereses de los administrados.

Las nuevas concepciones sobre las funciones del Estado⁷ han dado lugar a lo que se conoce con el nombre de Estado Social de Derecho, lo que supone la atribución de la Administración de importantes potestades con el fin de que realice todas aquellas prestaciones que demandan las exigencias sociales. El estado liberal ha dado paso a un Estado con fuertes poderes de intervención; donde los poderes públicos desempeñan un papel activo en la configuración del orden social, por lo que deben asegurar a todos los miembros de la comunidad las prestaciones suficientes para que puedan disfrutar de un cierto grado de bienestar⁸.

En efecto, la función del derecho administrativo no va a ser sólo la de constituir una garantía frente a la actuación de la Administración, sino que también va a ser una garantía de que la administración cumple los fines de interés público que tiene encomendados; se trata en todo caso de un fin que no se contrapone

⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. «Estado Social y Administración Pública», Civitas, Madrid, 1983.

⁸ GARCÍA PELAYO, Manuel. «Las transformaciones del Estado Contemporáneo», Alianza, 1983



al interés de los particulares, conviene aclarar. Por esta razón, la forma no siempre constituye la garantía de la libertad individual frente a los poderes de la administración: además de los derechos de los particulares, debe garantizar la realización del fin público que determinó la actuación de la administración.

Esta trasmutación de las funciones estatales, y especialmente de la administración sin que la estructura organizacional y sus valores guía hubiesen cambiado, constituye además la causa del efecto perverso del principio de legalidad. Las normas y los procedimientos contenidos en éstas, que fueron concebidos para garantizar la libertad de los ciudadanos en un contexto en que al Estado sólo le correspondía en el ámbito social, dejar hacer y dejar pasar, al mismo tiempo que su responsabilidad era la de velar por la seguridad y administrar justicia, se pasa a un estado, que según terminología del profesor Mortara en su libro denominado «Introduzione alla pubblica amministrazione italiana», se transforma en maestro, médico, asistente social, ancianato, etc. Y no sólo, luego el Estado funge incluso de industrial, comerciante y hasta de banco.

Sin embargo toda estas funciones consistentes en erogación de servicios, no siempre públicos, se sigue rigiendo por el principio de legalidad concebido como limitación al poder y garantía a los derechos ciudadanos. El efecto perverso de este principio se manifiesta entonces cuando a la luz de esa legalidad formal se intenta prestar servicios; ésto se traduce en trámites, procedimientos, requisitos formales que se convierten en fin en si mismo y obstáculo de los derechos ciudadanos, al hacer imposible, la erogación de servicios de manera económica eficiente y eficaz.

Y lo más preocupante, bajo esa lógica de validez formal, el funcionario logra eximirse de toda responsabilidad aunque el servicio no se hubiese erogado incluso por mal manejo de recursos, pues su actuación aparece conforme a las normas y procedimientos.

Ante esta realidad que además de la deslegitimación del estado, genera déficit fiscal, se ha presentado una huida del derecho administrativo hacia el derecho privado para evitar las formas y realizar los cometidos de la administración en forma más eficaz y eficiente.

Al respecto ha dicho el profesor Santa María Pastor:

«El segundo factor de cambio, ajeno por completo a la dinámica constitucional, consiste en lo que podría denominarse la huida de la Administración del Derecho administrativo hacia el Derecho privado.»

El fenómeno ofrece aspectos realmente paradójicos: históricamente, el Derecho Administrativo se construyó en una línea de búsqueda (a veces, injustificada) de factores de diferenciación respecto del Derecho privado (estos es, del Derecho civil, mercantil y laboral); más aún, la consolidación de esta rama jurídica y la intervención generalizada del Estado en la economía condujeron a un verdadero fenómeno de «publicación» del Derecho privado. Sin embargo, el propio intervencionismo económico puso de relieve que buena parte de las nuevas funciones asumidas por la Administración no podían gestionarse adecuadamente con los instrumentos clásicos del Derecho administrativo: de ahí que se acudiera a formas y técnicas de Derecho privado para la organización y gestión de estas tareas económicas y empresariales.

«El empleo por parte de la Administración de técnicas y fórmulas del Derecho privado no se ha detenido ahí, sin embargo. La rigidez de no pocas normas del Derecho administrativo, la aspiración de una actuación eficaz de algunos servicios públicos, el afán de eludir controles enojosos que entorpecen la gestión y, por qué no decirlo, una cierta moda neocapitalista y postmoderna, inspirada en el modelo de las administraciones anglosajonas, está llevando a una «privatización» sistemática de no pocos sectores de la acción pública»⁹.

La verdad es que es que si el conflicto se presenta entre la necesidad de realizar los principios rectores del estado, así como los principios que rigen la administración y la supuesta necesidad de mantener incólumes las bases epistemológicas y el objeto del derecho administrativo, no cabe la menor duda que lo primero ha de prevalecer sobre lo segundo. Y las razones de peso para sostener lo anterior son en realidad muy fuertes: la legalidad entendida en forma estática y aislada, y que constituía el pilar del estado de derecho, debe ser objeto de una profunda transmutación en virtud del advenimiento del estado constitucional, tal y como se indicó en la introducción a este trabajo

En todo caso lo que no puede nunca perderse de vista, es que uno de los pilares del estado constitucional, es el estado social de derecho, y por lo tanto ningún proceso de privatización de los servicios públicos, de flexibilización del procedimiento administrativo, puede implicar una merma de las garantías ciudadanas ni un sacrificio del mejoramiento social de los administrados.

En consecuencia en este proceso de huida hacia el derecho privado es frecuente encontrar cómo las instituciones del derecho privado se salpican de derecho

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALDONSO «Principios de derecho administrativo», Madrid, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p.p. 41-42.



administrativo, de tal manera que las empresas privadas prestadoras de servicios públicos están obligadas a resolver los derechos de petición que ante ellas se interpongan, como si se tratase de una entidad pública.

Por la misma razón el Consejo de Estado con ponencia del magistrado Betancurt el 23 de septiembre de 1997 sentó que aunque el contrato entre el usuario del servicio y la empresa fuese considerado como un contrato de derecho privado por la ley 142 de 1994, en realidad se trata de un contrato de naturaleza mixta donde se combinan elementos de derecho comercial y de derecho administrativo, y por tanto la jurisdicción competente para conocer en esos casos es la contencioso administrativa.

De tal manera que la contaminación, por decirlo de alguna manera, es recíproca, y sea como fuere las fronteras se desdibujan por fenómenos tales como la creación de empresas industriales y comerciales del estado, las nacionalizaciones, la privatización de los servicios públicos, y ahora, el trasplante al ámbito del derecho administrativo tanto en la etapa de formación del acto, como de impugnación del mismo en la vía gubernativa y finalmente, pero por sobretodo incluso en el ámbito jurisdiccional.

A ese fenómeno responde la adopción de la conciliación y el arbitramento en nuestro derecho administrativo.

2. *Caracterización del procedimiento administrativo como institución jurídica que esta orientada a satisfacer el interés general. La participación en el procedimiento de los destinatarios del acto administrativo. Autoritas funcional*

El profesor García de Enterría en relación al procedimiento administrativo ha precisado que, si bien éste se constituye en una garantía de los derechos de los administrados, no se agota en ellos su función. Se trata además de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por parte de los órganos de la administración.

En efecto, el profesor puntualiza: «La necesaria presencia del estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permita dar satisfacción a las necesidades públicas sin olvidar las garantías debidas al administrado, en cumplimiento de los principios consagrados en nuestras leyes fundamentales»¹⁰.

¹⁰ «Curso de derecho administrativo», Madrid, Civitas, 1986, Tomo II, pp 385 y ss

Y en este contexto, García de Enterría destaca cómo el procedimiento administrativo ha adoptado un perfil de especial importancia, que está expresado en la participación del ciudadano en las decisiones administrativas. Este nuevo perfil busca «despertar» en el administrado «su confianza y adhesión» a los instrumentos contenidos en esos procedimientos administrativos.

Pero la participación privada en el procedimiento administrativo no sólo se limita a la intervención durante los respectivos trámites o «audiencias» administrativas, sino que va más allá, reconoce en el administrado la capacidad o iniciativa normativa, así como la posibilidad de intervenir en los procesos de formulación, planeación y ejecución de políticas públicas. Así lo precisa el tratadista español cuando se refiere al contenido y alcance de las disposiciones constitucionales de 1978, referidas a la materia:

«... un aspecto en la institución del procedimiento administrativo que aunque no es nuevo ha adquirido últimamente unos perfiles muy acusados y una importante proyección de futuro, que reclaman una atención muy especial. El propio Merkl había notado ya que la más eficaz de las garantías es realizada por la colaboración en el procedimiento administrativo de aquellas personas cuyos derechos y obligaciones van a quedar afectados por el mismo, por lo que la reglamentación de esa colaboración vendría a ser la institución fundamental del derecho de procedimiento. Esta temprana advertencia ha pasado a ocupar hoy un indudable primer plano tanto en el ámbito de las democracias populares en las que la cooperación activa de los ciudadanos se considera (Zellweger) más que un derecho, una obligación en orden a la efectividad del principio de legalidad socialista ..., como en el área de las democracias occidentales, en las que progresivamente se va abriendo la necesidad de convertir al ciudadano en partícipe de las decisiones administrativas para despertar su confianza y su adhesión, sin las cuales no cabe asegurar la eficacia de ninguna política, como una vez comprobada la imposibilidad de administrar mandando en ciertos sectores como los económicos y los sociales, en los que, la propia administración se ve impotente muchas veces para llevar adelante sus proyectos frente a la oposición de los grupos y organizaciones detentadoras del poder real...»¹¹.

Ahora bien, dentro de este contexto de participación del administrado en la toma de las decisiones que se adoptan como consecuencia de un procedimiento administrativo, se pueden conceptualizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que responden a la necesidad de procurar la eficacia y eficiencia,

¹¹ Ibidem.



oportunidad, celeridad y economía de la administración y de la justicia administrativa. Así, para el caso colombiano encontramos la conciliación prejudicial con esa función ya indicada y además como medio de evitar el litigio ante las instancias jurisdiccionales.

Cabe entonces preguntarse cómo es posible satisfacer el interés general si los destinatarios de las decisiones intervienen en éstas?. Y Cómo es posible incluso que los particulares suplanten al juez administrativo?

El no antagonismo entre el interés general y particular podría arrojar una respuesta satisfactoria. Indudablemente se trata de democratizar el estado y especialmente la administración por medio de instrumentos de participación. Pero además de las razones esbozadas, cabe anotar que: «en la sociedad actual 'se ha reemplazado la fe en las autoridades' por la exigencia de que las opiniones sean justificadas. La exigencia de la justificación fáctica ha desplazado la fe en el poder mismo»¹².

Al respecto agrega el profesor García De Enterría: «Eventualmente si los administradores son capaces de responder a esas peticiones de justificación que los ciudadanos les dirigen, las Sentencias desestimatorias ejercen una función positiva de despejar las dudas sobre su actuación y de ilustrar, por tanto el cuerpo social, además de a los mismos reclamantes, del rendimiento objetivo y razonable de los gestores públicos...

«A esta necesidad de explicar los mandatos en términos de razonabilidad está ligado, por otra parte, el concepto mismo de autoridad, en el sentido de *auctoritas*, esto es, la cualidad que inviste a ciertos centros o personas de un plus de superioridad moral por causa de lo razonable de sus actos... Es añadir normalmente sabiduría a la voluntad con conocimiento de los valores compartidos y consagrados por la tradición, a las cosas que el pueblo quiere hacer»¹³.

Alrededor de la misma idea Friedrich:

«Cuando yo hablo de autoridad, quiero decir que las comunicaciones de una persona que la posee muestran una muy particular relación con la razón y con el razonamiento; tales comunicaciones u opiniones u

¹² A. Aarnio, «Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica», Trad. Esp., Madrid, 1991, p 15, en García de Enterría, Eduardo, «Democracia, jueces y control de la administración», Madrid, editorial Civitas, 1997, p.155.

¹³ García de Enterría Eduardo, *Ibidem*, p.157.

órdenes no necesitan ser demostradas a través de un discurso racional, pero poseen la potencialidad de una elaboración razonada»¹⁴.

La autoridad no reside pues en la investidura misma del juzgador y tanto menos en su persona. Esta deriva de la aceptación que los destinatarios de la decisión tengan de ésta. Tal aceptación impone que la decisión sea entonces razonable -se trata de la *ragionevolezza* tan desarrollada en el derecho constitucional italiano-, y además justificada, obviamente en armonía con la razón.

La autoridad pues no se tiene *per se*, sino que se adquiere durante el ejercicio de la función y en virtud de la pertinencia de las decisiones que con ocasión de ello se adopten.

Si esto es así -y sociológicamente se ha establecido-, desde ese punto de vista no resultaría particularmente controvertible el hecho de que los destinatarios de la decisión participen en el procedimiento previo a su promulgación; tampoco podría entonces generar perplejidad que la decisión fuese el producto de un acuerdo entre las partes, de una conciliación pues ello garantiza a la aceptación de la decisión porque lleva ínsita la razonabilidad que exige el destinatario.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

1. *La administración de justicia como función pública y no como servicio. El acceso a la justicia.*

Y el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de árbitros? Toda vez que la *autoritas* no deriva de la fe en el funcionario sino de la aceptabilidad de su decisión, en la medida que el laudo sea razonable o justo, no habría diferencia entre éste y una sentencia con las mismas características, y en todo caso gozaría de mayor autoridad un laudo justo que una sentencia formalista que elude la solución de fondo del litigio, o que no es razonable o que llega de manera tardía como sucede en la gran mayoría de los casos como consecuencia de la congestión judicial.

Pero, si bien es cierto desde el punto de vista sociológico, la razonabilidad del fallo lo enviste de *autoritas*, desde el punto de vista de la teoría del estado

¹⁴ En *Ibidem*, p.158. Sobre el mismo tema, Morelli Sandra, «La participación en el procedimiento administrativo», publicado en « I jornadas de derecho administrativo. Allan Brewer Carías», Caracas, Funeda, 1994.



como del derecho, el asunto de la alternatividad judicial no resulta tan sencillo en primer término porque conjuntamente con la seguridad, la administración de justicia fue y ha sido una de las funciones de la esencia del estado, hasta el punto que podría afirmarse consustancial a la justificación de su existencia. Pero además, y ésto en segundo lugar, la administración de justicia no es un servicio público y en esa medida no resulta tan claro que pueda ser impartida además de por el estado directamente, o por los particulares, como si se tratase de un servicio público susceptible de privatización.

En efecto, la Constitución Política de 1991 estableció que la administración de justicia es una función pública, con la cual se pretende garantizar la eficacia del ejercicio de los derechos, las garantías y las libertades de los ciudadanos.

Constituye, por lo tanto, una función pública estatal de naturaleza esencial, en cuanto configura unos de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas que discuten la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente.

Sobre este particular, la Corte con ocasión de la revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en la sentencia C-037 de 1996, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, precisó:

«Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal

que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver...».

Es en atención a lo anterior, que la función pública de administrar justicia en el contexto jurídico colombiano, como textualmente lo expresa la Corte, es un compromiso de los operadores de justicia de quienes se requiere, «un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 de la Constitución. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos». (Sentencia C-037).

Pero la función pública de administrar justicia, para que sea real y efectiva, implica necesariamente crear mecanismos idóneos que permitan acceder a ella, en el sentido como lo previene el mandato constitucional contenido en el artículo 229, que textualmente reza: «Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la Administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado».

Cuál es el sentido de esta norma?. Ya lo ha interpretado la propia Corte Constitucional:

«... permitir al ciudadano dentro del ámbito de un estado democrático y participativo, tener la oportunidad cuando lo considere necesario y oportuno, de acudir a la administración de justicia, en cualquiera de sus expresiones o manifestaciones... este acceso debe estar enmarcado dentro de unos lineamientos básicos, como lo son el respeto de un debido proceso y a los principios en él incorporados, la legalidad, la buena fe y la favorabilidad, entre otros. A su vez, surge el deber del estado en cabeza de la administración de justicia, una vez se ha tenido acceso a ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 229 de la Carta, al derecho sustancial, al igual que observar en las actuaciones judiciales los términos procesales con diligencia. De ello surgen entonces principios que se deben cumplir en las actuaciones judiciales, como son el de la eficacia, la publicidad, la permanencia y la celeridad...».



Se destaca así que, la función de administrar justicia y concretamente el derecho de los administrados a acceder a ella, sólo es posible comprenderla en función de criterios de eficiencia, oportunidad y celeridad. Este es el contenido básico que sirve de sustento a la actual tendencia de la función de la justicia en todos sus ordenes, civil, penal, laboral y administrativa, cuando se incorporan instrumentos con los que se busca la prevalencia del derecho sustancial o material sobre el formal.

Es sí como, «el derecho de todas las personas de acceder a la administración de justicia se relaciona directamente con el deber estatal de comprometerse con los fines propios del Estado social de derecho y, en especial, con la prevalencia de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, el respeto a la dignidad humana y la protección a los asociados en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (Artículos 1º y 2º constitucionales).

«El acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados». (Sentencia No. T-173 del 4 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo).

Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa -que está contenido en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales (Sentencias Nos. T-006/92, T-597/92, T-348/93, T-236/93, T-275/93 y T-004/95), susceptible de protección jurídica inmediata mediante mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior». (Sentencia 242 /97 Hernando Herrera Vergara).

Vemos entonces como la Corte Constitucional ha relacionado la función pública de impartir justicia con la eficacia de la misma, de tal manera que de no impartirse de manera eficaz y oportuna justicia, se estaría vulnerando el derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia. Por esta vía se justifica entonces que los particulares administren justicia.

2. *Fundamentos constitucionales de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia.*

El Constituyente de 1991, para procurar la eficacia y eficiencia de la administración de justicia en todos los órdenes, amplió su ámbito orgánico al crear por ejemplo la jurisdicción de paz, y funcional, al autorizar a los particulares para solucionar las controversias, bien sea en calidad de árbitros o de conciliadores. Estos particulares están revestidos transitoriamente de la función de administrar justicia, actúan en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para que profieran fallos en derecho o en equidad, en los términos que la misma ley señale. Es decir, se trata de personas que no son funcionarios de la rama judicial pero que de manera transitoria ejercen la función pública de administrar justicia.

Se comprende así el artículo 116 de la Constitución de 1991 que recita: «Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros o conciliadores habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley». Se trata de instrumentos alternos de solución de conflictos.

Sobre la alternatividad la Corte constitucional ha intentado una definición:

«...como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando sólo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada». (Sentencia C-431/95, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara Sentencias C-226/93, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-057/95, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-294/95 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

Ahora bien, en cuanto al arbitramento, su justificación sociológica pende de la razonabilidad del laudo arbitral, como ya se dijo; su fundamento constitucional deriva de que a pesar de que la administración de justicia se considere una función pública, para garantizar la eficacia y el acceso a ésta, el constituyente adoptó un concepto funcional y no orgánico de la misma. En consecuencia los particulares pueden ser investidos de jurisdicción para resolver un caso concreto en derecho o en equidad.

En cuanto a las funciones jurisdiccionales asumidas por los árbitros, éstas requieren, también por exigencia constitucional, de la habilitación por las partes en conflicto para que puedan proferir, en cada caso en concreto, los fallos en



derecho o en equidad en los términos legalmente establecidos. Por lo tanto, para que sea procedente la utilización de este mecanismo se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral.

Es así como no se puede disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio, sin consultar la voluntad de las partes, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias surgidas entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, sea el del procedimiento arbitral, pues ello desconoce el mandato de la Constitución, según el cual «son las partes» las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Esta técnica de fijar por ley por los casos específicos en que procede el arbitramento fue proscrita también en Italia en virtud de pronunciamiento de la Corte Constitucional. En efecto, esta institución estaba prevista en normas preconstitucionales, pues existía un favor *legis* frente a ese medio de resolución de conflictos. Sin embargo la Corte Constitucional en sentencia del 14 de julio de 1977, número 127, consideró que el arbitramento obligatorio atentaba contra el sistema constitucional ya que las partes deben estar en libertad de optar por éste o no. En consecuencia, todas las leyes que establecen arbitramentos obligatorios se entienden derogadas o al menos, se entiende derogado su carácter obligatorio¹⁵.

De esta manera, el arbitramento se distingue de las demás formas alternativas de solución de conflictos, tales como la amigable composición, la mediación y la conciliación, en su aplicación, donde el conflicto entre las partes se dirime no por acuerdo entre éstas o de sus delegados, sino por la decisión de los árbitros, por lo que es el medio más parecido al proceso judicial, si éste sirve de resorte exclusivo de la justicia ordinaria¹⁶.

En relación a la conciliación, esta también tiene fundamento constitucional expreso como ya se indicó al citar el artículo 116 de ese texto supremo, y en realidad su aceptación en el ámbito del procedimiento administrativo colombiano, ha acaecido sin mayores tropiezos. Por el contrario, en realidad goza de gran aceptación. Por ahora sólo cabe anotar que en principio se concibió únicamente

¹⁵ V Domenichelli, «Giudice e procedimenti specialia», In «Diritto Amministrativo», AA.VV, Bologna, Monduzzi Editore, 1993, 1875 y ss

¹⁶ *Ibidem*

para asuntos individuales de carácter patrimonial, pero ya en la nueva ley 446 de 1998 se establece que en el caso de llegar a acuerdo sobre esos puntos el acto administrativo se entiende derogado.

La conciliación ha tenido gran acogida en el ámbito de la responsabilidad del estado.

IV. EL ARBITRAMIENTO Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

De los instrumentos alternativos para la solución de conflictos, el arbitramento es la figura más arraigada en el derecho colombiano, particularmente en el derecho comercial. Pero en general, trátase en materia civil, comercial o administrativa, cuando nos referimos al arbitramento como el procedimiento por medio del cual las partes, al hacer previa, expresa y voluntaria renuncia a someter sus diferencias -susceptibles de transacción- a la justicia ordinaria, se comprometen a resolverlas por medio de la decisión de uno o varios árbitros -siempre en número impar- por medio de un laudo proferido en derecho, en conciencia o fundado en principios técnicos, el cual tiene el efecto de la cosa juzgada y presta mérito ejecutivo¹⁷.

El fundamento constitucional de esta figura lo encontramos en el artículo 116 cuyo texto ya ha sido incluido en este escrito. Sin embargo conviene reportar las consideraciones de la Corte Constitucional sobre el punto, toda vez que resultan esclarecedoras en cuanto a las características esenciales de la institución a la luz del mandato constitucional:

«El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley.

«De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto de su ámbito

¹⁷ Valdés Sanchez, Roberto, «La transacción. Solución alternativa de conflictos», Edit. Legis, Bogotá, 1997



material y temporal, en razón a que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización.

«Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación:

«1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros.

«2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad.

«3. En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto.

«4. El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral.

«5. Corresponde a la Ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral.

«6. Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición.

«Los anteriores lineamientos, constituyen los presupuestos requeridos para asegurar el funcionamiento de dicha institución, correspondiendo al Legislador la función de establecer el marco general de dicha regulación (C.P., arts. 116 y 150-23), a fin de determinar las reglas que regirán el ejercicio de esa competencia, lo cual comprende, entre otros aspectos, determinar el responsable de efectuarla, el procedimiento a seguir, las materias sujetas a su conocimiento, las reglas que lo regirán, la forma y efecto de las decisiones allí adoptadas y el control de las mismas.

«Sin embargo, como lo ha precisado la Corte, en los casos no previstos por el Legislador los particulares podrán fijar de común acuerdo sus

propias reglas, para el cabal ejercicio de la función judicial, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos constitucional y legalmente». (Sentencia 242 de 1997 M.Ponente Hernando Herrera Vergara).

Ahora bien, sobre la decisión de los árbitros proferida mediante laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, estamos ante una decisión eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes; en efecto se pronuncia sobre los hechos, valora las pruebas, se pronuncia sobre las pretensiones y declara el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia y antes que debilitar la organización ordinaria, contribuye a su fortalecimiento.

Cabe aclarar, en virtud del objeto de este estudio que los elementos que definen el arbitramento en el derecho civil y comercial en esencia han sido recogidos por el derecho administrativo.

En cuanto al derecho positivo, la regulación de esta materia se encuentra recogida en el decreto 2279 de 1989, fue objeto de modificación por la reciente ley 446 de 1998. Así mismo la ley 23 de 1991 y la ley 80 de 1993 sobre contratación estatal, se refiere al punto. El decreto 1818 de 1998 también nos concierne pues recopiló todas las normas sobre alternatividad, incluyendo la ley 315 de este año y la ley estatutaria de la administración de justicia. Conviene entonces citar las normas que nos conciernen.

El artículo 1 del decreto 2279 de 1989 fue modificado por el artículo 111 de la ley 446 de 1998. Allí se define la figura del arbitramento así:

«Art. 1. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral

«El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el Arbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian



su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

«Parágrafo. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.

Sobre el mismo punto la nueva ley de descongestión judicial, la 446, dispuso:

«Artículo 115 -que modifica el art. 2 del decreto 2279/89- : Por medio del pacto arbitral que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones antes los jueces.

«Artículo 116 de la 446/98 -que incluye un nuevo artículo 2 A al decreto 2279/89-, prescribe: «Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral. Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se comprenderá que el arbitraje es legal...».

La ley 23 de 1991 establece una tipología de arbitramentos así:

«Artículo 90. El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquél en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, institucional aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje ; y, legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes.

Por su parte el artículo 113 de la ley 446 de 1998, modificatorio del art. 91 de la ley 23 de 1991, le atribuyó una función especial al ministerio de justicia en materia de arbitraje: «Las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán crear Centros de Arbitraje, previa autorización de la Dirección de Conciliación y Prevención del Ministerio de Justicia y del Derecho...».

En cuanto se refiere a la contratación estatal, la ley 80 de 1993 en el artículo 70 dispone:

«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.

LA COMPOSICIÓN, EL ARBITRAJE O LA TRANSACCIÓN COMO MÉTODO
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS

«El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3) al 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 regirá por las normas vigentes sobre la materia.

«Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad de lo inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo arbitral.

«En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistema de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

«Art. 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.

«En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

«Art. 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recursos 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 complemente.

«... son causales de anulación del laudo las siguientes:

«1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencia necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos

«2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.



«3. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

«4. 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 efecto del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia.

«Art. 73. Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional, de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato.

«Art. 74. Del arbitramento o pericia técnica. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnica se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.

«Art. 75. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa

1. Vicisitudes del arbitramento

1.1 El derecho administrativo y el arbitramento. Norma general. Irrelevancia del concepto de interés público.

Como es bien sabido el derecho administrativo se funda en el principio de legalidad y además existe un juez administrativo especial encargado de resolver los conflictos en que es parte la administración pues en estos casos el interés público merece una tutela especial.

Sin embargo, una particularidad del arbitramento en el derecho administrativo colombiano es que en relación a los contratos estatales éste terminó siendo la norma general. Basta que el compromiso esté contenido en el contrato para que éste pueda ser convocado, sin que para el efecto sea menester hacer consideración alguna sobre el interés público, pues como ya se pudo observar

en nuestro país no existe ninguna cláusula como la contenida en el artículo 127 de la Constitución venezolana que recita: «En los contratos de interés público, si es no improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con las leyes».

Al respecto comenta el profesor Allan Brewer-Carias: «Esta norma constitucional ha planteado, al igual que otras, diversos problemas interpretativos, sobre todo por la expresión que utiliza la Constitución al hablar de «contratos de interés público», la cual ha originado una larga discusión en torno a qué ha de entenderse por los tales «contratos de interés público»¹⁸.

En efecto, una norma con dicho contenido obliga a profundas disquisiciones sobre lo que debe entenderse por interés público, sin que la doctrina se haya podido poner de acuerdo al respecto¹⁹, pues son muchas las teorías sobre qué se entiende por interés público, pero al respecto sólo una cita ilustrativa:

«En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras, el interés individual; el cual no desaparece sino debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema.

«En esta perspectiva, el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir, necesariamente para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan

¹⁸ «Contratos Administrativos», Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección estudios jurídicos n44, 1997, p 130.

¹⁹ El interés público como fundamento del derecho administrativo, Depalma edit. Buenos Aires, 1989 en «El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de solución de conflictos administrativos», ponencia presentada para las IV Jornadas de derecho administrativo en Homenaje a Allan Brewer Carias por Luis Fraga Pittaluga.



materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional, eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Sobre este aspecto, señala el profesor Luciano Parejo la dificultad tanto histórica como actual para poder precisar el contenido de la noción, '... se trata (...) de un concepto indeterminado, pero cuya indeterminación es variable en función del estadio de aquel proceso de integración del ordenamiento: mientras el legislador cuenta con una gran libertad, en cuanto opera directamente a partir de la constitución, el poder ejecutivo y, en particular, la administración pública intervienen ya -como regla general- sobre la base de la concreción legislativa del interés general...»²⁰.

Sea como fuere el problema es complejo. En todo caso es claro que el estado no puede celebrar absolutamente ningún contrato en beneficio del interés particular. De ahí que se compartan totalmente las conclusiones del profesor Brewer.

Para él, «el interés público como el Poder Público, se refiere, en una forma federal del Estado, a lo que concierne a los tres niveles estatales derivados de la distribución vertical del Poder. Por ello, el texto constitucional habla de interés público nacional, de interés público estatal y de interés público municipal para hacer referencia a un sólo interés público que concierne a los tres niveles territoriales. Por tanto, contratos de interés público son los contratos suscritos por la República, cualquiera que sea su contenido, y también todos los contratos suscritos por los estados y los municipios»²¹. Lo mismo afirma respecto de los contratos suscritos por los institutos autónomos cualquiera sea su nivel territorial, pues la contratación es un medio no para lucrar al particular sino para que el estado pueda realizar su cometido, lo que indirectamente implica el lucro del particular. El cometido en todo caso responde al interés general.

Sea como fuere ésto hace que la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito administrativo, sea más dudosa o al menos más restrictiva que en Colombia donde se considera que los árbitros cumplen función jurisdiccional, y por esa vía se satisface el interés público de eficacia y el derecho de acceso a la justicia.

En Italia poco a poco se está abriendo espacio el arbitramento, pero no pueden someterse las controversias públicas cuando se trata de arbitramentos

²⁰ Parejo Alfonso, Luciano, Jimenez Blanco y Ortega Alvarez. «Manual de derecho administrativo», Madrid, Ariel, 1994, cit por Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en «Tratado de derecho administrativo», Tomo I, Bogotá, 1996, p.p 382-383

²¹ Op.cit, p.130

facultativos y rituales pues su competencia sólo se puede predicar de *litis* que tengan como objeto situaciones susceptibles de transacción o de renuncia (derechos subjetivos disponibles). Se trata de controversias concernientes a un objeto patrimonial y en general aquellas en las cuales la administración y el privado se encuentran en posición paritaria.

El arbitramento se construye como juicio sustitutivo del ordinario, por lo que no se considera admisible el arbitramento en que la administración se presenta en calidad de autoridad y las situaciones jurídicas del privado sean configurables como intereses legítimos, pues el conocimiento de esto le corresponde al juez administrativo.

Tampoco se considera admisible someter a arbitramento controversias concernientes a derechos subjetivos cuyo conocimiento le corresponda de manera exclusiva a determinado juez, aunque se contemplan algunas excepciones expresas.

Mediante el decreto 1063 de 1992 se aceptó el arbitramento entre contratista y administración. Este debe estar conformado por 5 miembros y la competencia se concreta a la ejecución del contrato. La forma de redacción de la norma sugiere que este arbitramento es obligatorio lo que ya se sabe es inconstitucional según pronunciamiento de la Corte, por lo que las partes pueden sustraerse a éste y recurrir a la justicia ordinaria.

En la ley 142 de 1990 relativa a las autonomías locales se contempla que, los acuerdos programáticos entre administraciones para la realización de obras públicas pueden, prever la inclusión del arbitramento para solucionar los litigios que surjan con ocasión de la interpretación o aplicación del acuerdo.

Pero al lado de estas disposiciones en favor del arbitramento en el área del derecho administrativo, encontramos sentencias como la de la Corte Constitucional italiana del 3 diciembre de 1991 número 1296, que amplía las tipologías de concesiones comprendidas en la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, de tal manera que anula los arbitramentos previstos en este ámbito²².

En Francia tiene también un lugar muy modesto el arbitramento porque la tradición francesa del juez administrativo se resiste a que éste sea reemplazado por un árbitro elegido por las partes que ejerce la jurisdicción y su decisión tiene fuerza de cosa juzgada.

²² V. Domenichelli, op.cit.



También parece chocar con el principio de legalidad que las partes acuerden las normas a que se someterá el conflicto, por lo tanto se trata de una especie de reglamento *ad hoc* que entra en principio, en contradicción con el Código Civil francés en su artículo 2060 donde se dispone que: «Las personas jurídicas de derecho público no se pueden sustraer a las normas que regulan la competencia de la jurisdicción nacional ni someterse a la jurisdicción arbitral...».

Esa norma la cita frecuentemente el Consejo de Estado Francés desde 1896. Fue así como en 1986, con ocasión de la construcción de Eurodisney cuando se consideró que la cláusula compromisoria viciaba al contrato de una nulidad de orden público, se tuvo que aprobar una ley que autorizara a los establecimientos públicos y a las colectividades territoriales a celebrar contratos con entidades extranjeras, contentivos de cláusula compromisoria. Eso generó un gran debate pues aparentemente por esta vía se chocaba con los pilares del derecho administrativo.

También en 1994, con ocasión de la construcción del Tunel de la Mancha, en el Tratado de Canterbury se preveía el arbitraje no sólo para los litigios entre los dos estados, sino entre éstos y el concesionario, e incluso, para los litigios entre los concesionarios. Esto último aparentemente no tendría ningún problema, sin embargo el tribunal de Lille consideró que era competencia del tribunal pues se trataba de un litigio entre privados.

No obstante, se han promulgado leyes especiales que autorizan el arbitraje frente a casos específicos, en los que se discuten aspectos indemnizatorios, como las generadas con ocasión de las nacionalizaciones o la indemnización a repatriados.

Interesa destacar que en 1975 se procedió a precisar, mediante reglamento del código civil, cuales son los establecimientos públicos que si pueden recurrir al arbitraje, como por ejemplo la compañía ferroviaria y los correos, por lo que a pesar de la resistencia judicial, el poder legislativo parece hacer esfuerzos en favor de la Aceptación de esta figura en el ámbito del derecho administrativo²³.

Como vemos en Colombia hay más apertura frente a la alternatividad judicial. La favorabilidad de que goza en Colombia el arbitramento se debe también, a la credibilidad de que goza este tipo de justicia por la imparcialidad de sus fallos, la calidad de éstos y la prontitud de las decisiones.

²³ Reveu francais de droit administratif, Paris, Sirey editions, 12 année, janv-févr, 1996, p 85-95 Francoise Doucaroge, «Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflicts: transaction. Médiation, conciliation et arbitrage en droit public francais.»

En un estudio realizado por la dirección de políticas jurídicas y desarrollo legislativo del Ministerio de Justicia y del Derecho resulta que en tanto en la justicia ordinaria de 40 procesos se retienen 37, en la administrativa de esos mismos cuarenta son represados 28, mientras que en el arbitramento no se presenta mora alguna.

1.3 Alcance de la expresión etc en la cláusula compromisoria. Competencia del tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre la validez del contrato. Nulidad del contrato y autonomía de la cláusula compromisoria.

La verdad es que en Colombia en cuanto a los contratos estatales de envergadura, no sólo se viene practicando el arbitramento como regla general, sino que además se percibe una tendencia a interpretar siempre en forma amplia las facultades de los árbitros de tal manera que la institución resulta en veces más importante que la propia jurisdicción permanente de lo contencioso administrativo.

A manera de ejemplo conviene reportar una discusión que se ha venido planteando en el país y de la cual parece que penden varios tribunales y mediante la cual se pretende dilucidar en primer término si la expresión etc contenida en una cláusula arbitral tiene un sentido amplio, o si por el contrario, la competencia del tribunal se restringe sólo a los aspectos y etapas contractuales expresamente indicadas en el contrato.

El asunto concierne directamente a si un tribunal de arbitramento es competente para pronunciarse respecto de la etapa de formación y celebración del contrato cuando ello no se indica expresamente, o si su competencia se concreta a las etapas de ejecución y liquidación.

En segundo lugar se quiere indagar sobre si la nulidad del contrato implica la nulidad de la cláusula compromisoria.

El asunto ha sido sometido a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y toda vez que no existe aún unidad de criterio me abstengo de citar los conceptos hasta ahora emitidos. Sin embargo frente a una primera opinión en sentido restrictivo, es decir excluyente de la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la validez del contrato, han habido importantes réplicas asegurando que la ley 446 de 1998 impone una interpretación amplia.



En todo caso resulta claro aquí el imperativo de claridad de las cláusulas compromisorias para evitar que la misma competencia del árbitro se constituya en otra causal de discusión.

En cuanto a la invalidez de la cláusula compromisoria se ha afirmado, y esta es ya doctrina pacífica, que «la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato de la cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente»

En efecto, «para saber cual es el nivel de independencia o, por el contrario, de interrelación que ha de predicarse entre un contrato eventualmente inválido y la cláusula compromisoria que haga parte del mismo», dentro de las soluciones presentadas por la doctrina está la de «estimar que una nulidad del contrato afectaría, así mismo, la validez y eficacia de la cláusula». Pero remitiéndose al derecho colombiano, se indica como «la ley 446 /98 ha establecido que las eventuales inexistencia e invalidez del contrato no afectan, de suyo, a la cláusula compromisoria que es autónoma y que, desde este punto de vista, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre ambos aspectos...» (el autor cita «como redactar una cláusula compromisoria, Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, p. 27)²⁴.

V. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SU TENDENCIA EXPANSIVA

En el ámbito internacional, sobretodo en materia comercial y como consecuencia de la globalización de la economía, el arbitraje internacional se encuentra en pleno auge. La corte internacional de arbitraje fue creada en 1923 en la Cámara de Comercio Internacional y tiene hoy un dinamismo excepcional.

Es por eso que se ha realizado una importante reforma en enero de 1998 al reglamento, cuyo objetivo es hacer más flexible y universal el procedimiento arbitral.

En el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional se reitera el principio de que el sometimiento al arbitraje es voluntario y no tiene como requisito previo haber intentado la conciliación.

²⁴ Extracto del concepto rendido por el académico Rodríguez Azuero para la Academia Colombiana de Jurisprudencia en la parte no controvertida.

Es interesante cómo se recomiendan cláusulas de compromiso tipo, precisamente para evitar discusiones como la que se reseñó antes en Colombia. Esta recita así: «Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento.»

Es claro cómo la recomendación internacional es entender de manera amplia las cláusulas arbitrales, lo que coincide con las tendencias del derecho colombiano incluso en el ámbito administrativo.

Es así como en el artículo 69 de la ley 80 de 1993 se determina que: «Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración del compromiso para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.», con lo que prácticamente el arbitramento constituye la regla general.

VI. LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua conciliar significa «componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. Conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias. Granjear los ánimos a la benevolencia»

Desde antiguo se conocen en el universo jurídico y en nuestro propio sistema de derecho, instrumentos que apuntan a idéntica finalidad, como son la transacción, el arbitramento, y conciliación. La ley asimila, por ejemplo, la conciliación y la transacción, en virtud de su alcance de cosa juzgada, sin perjuicio de los efectos contractuales de la transacción, y por estar ambas previstas en materia laboral, esto último por mandato constitucional (Artículo 53 C.N).

1. La regulación de la conciliación en el derecho colombiano:

La Ley 23 de 1991 (Artículos 59 a 65), parcialmente modificada por la ley 446 de 1998, prevé la posibilidad para la administración de resolver las diferencias de orden patrimonial y particular, a la manera de los particulares mediante el procedimiento de la conciliación, como mecanismo para la solución extrajudicial o terminación anticipada de conflictos promovidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La norma recita así: «Artículo. 64. «La conciliación



es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.»

Y luego agrega:

«Artículo. 66. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo.»

Y en cuanto a los asuntos que en materia contenciosa administrativa son posibles de conciliar en nuestro ordenamiento, es claro que sólo es viable respecto de las controversias de índole patrimonial y particular. Esto es acorde con los principios en los que se sustenta un estado de derecho, de tal manera que aunque exista acuerdo entre las partes contendientes, se excluyen de cualquier fórmula conciliatoria las discusiones relativas a la legalidad. En efecto, las bases en las que se estructura el orden jurídico constitucional no resulta materia de libre negociación. Este es el sentido de las disposiciones sobre la materia que se citan a continuación:

«Artículo 59. Modificado por el art. 70 de la ley 446/98. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (negrilla fuera del texto)

«Parágrafo 1°. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.»

«Parágrafo 2°. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario

En cuanto a la oportunidad en que puede operar la conciliación, en el derecho colombiano se distinguen dos etapas, la prejudicial y la judicial. La conciliación prejudicial se desarrolla antes de suscitarse el litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y puede plantearse inclusive durante el transcurso de la vía gubernativa, caso en el cual, el trámite de la conciliación suspenderá el de aquella durante un plazo que no excederá de sesenta (60) días; si no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento

conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo no mayor de 60 días. Se preceptúa adicionalmente, para precisar la oportunidad de la conciliación, que ésta no procederá cuando la correspondiente acción haya caducado.

Por su parte, la conciliación judicial tiene lugar cuando no se haya presentado demanda contencioso-administrativa, a cuyo efecto el consejero o magistrado que conozca de aquella, en el mismo auto que la admita, ordenará su correspondiente traslado al fiscal, para que adelante su trámite pertinente, éste que es similar al de la conciliación prejudicial y que además, como resulta lógico, tiene la virtualidad de suspender la actuación procedimental que se halle en curso. Durante el contencioso proceso administrativo, la conciliación debe ser convocada obligatoriamente por el juez después de practicadas las pruebas. Las partes la pueden solicitar en cualquier momento

2. *Validez y vicisitudes de la conciliación en el derecho administrativo colombiano*

Como todo instrumento que procure la realización de los fines de la administración de justicia como función pública que es, la conciliación supone una concepción estatal de paz, participación y pluralismo, que implica a la vez, una visión constructiva del papel de la administración pública y el reconocimiento de la interrelación que debe existir entre ésta, el servicio público y el administrado. Es por ello que la prepotencia de la administración no conjugaría con un mecanismo alternativo de justicia como lo es la conciliación, y de igual manera, tampoco lo es la pretensión de conciliar más allá de los límites que están dados por el propio ordenamiento jurídico constitucional, y que garantizan el interés general, de por sí no susceptible de negociarse.

En cuanto al *animus* conciliatorio resulta muy oportuna la siguiente disposición contenida en la ley 23: Art. 64. «Cuando los representantes de las entidades públicas no concurren a la audiencia de conciliación, se abstengan durante ella de presentar propuestas de solución, se nieguen a discutir las formuladas o asuman actitud de rechazo a las posibilidades de acuerdo legítimo, esta conducta será apreciada en el proceso judicial, si hay lugar al mismo, con indicio grave en contra de la entidad que representa

«Si quien no compareciere, o compareciendo asumiere conductas como las señaladas en el inciso anterior, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión enumerados por la entidad pública, y la actitud mencionada se tendrá como indicio grave en contra del particular».



Afecta también gravemente a esta alternativa de la justicia, la indisponibilidad de los dineros públicos por parte de la administración, que parte, según el administrativista Juan Carlos Henao²⁵, de una errada idea de que el ejercicio del poder pueda admitir la libre disposición del interés general por parte de los servidores del estado, quienes en muchos de los casos, por desconocimiento de la figura conciliatoria o sencillamente por negligencia se sitúan en linderos, también ocupados por la arbitrariedad y la corrupción de las administraciones públicas²⁶.

Pero todo extremo es nocivo. La conciliación rife también, con la retrograda percepción, en la cual están inmersas no pocas administraciones públicas, de que es mejor no comprometer el erario público, a la espera de una sentencia judicial. Se sacrifican en este sentido componentes vitales de la función administrativa, como son el de economía y responsabilidad, que ya no son exigibles en abstracto, sino que comprometen de forma individual a los servidores públicos.

Ahora bien, jurisprudencial y doctrinalmente se ha dicho que los poderes del juez frente al acto de conciliación de las partes, no se limitan al examen de la naturaleza transigible o conciliable que revista la pretensión y a la capacidad de las partes para adoptar esa conducta; «*La conformidad con la ley*» del acto de conciliación sugiere un campo de mayor amplitud máxime tratándose de procesos contencioso administrativos en los cuales está comprometido el tesoro público y los intereses de la colectividad además del simple interés de la sociedad.

Es así que se reitera además la importancia de este mecanismo judicial alternativo en la descongestión de los despachos judiciales y se estimula su práctica dentro de los parámetros de la Constitución y de la ley.

En cuanto al objeto de la conciliación y el alcance de las formulas de acuerdo, las conciliaciones deben estar enmarcadas dentro del *quantum del petitum* inicialmente pedido en la solicitud de conciliación y no se debe conciliar por montos que lo excedan. Por su parte, las pruebas que acrediten los perjuicios deben ser conducentes a lograr la certeza del juzgador acerca del objeto por conciliar.

²⁵ «La conciliación en el derecho administrativo», Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995.

²⁶ *Idem.*

Sobre este particular y específicamente en cuanto al contenido del acuerdo conciliatorio que sea aprobado vía judicial o extrajudicial, el Consejo de Estado recoge el principio de que la conciliación debe tender a ser total. Esto lo expresó con las siguientes palabras:

«A manera de pedagogía jurídica y judicial la Sala recomienda a los Tribunales no aceptar conciliaciones parciales pues puede ocurrir que se llegue a un acuerdo sobre el monto de los perjuicios morales dejando para que la justicia contencioso-administrativa defina sobre los materiales. Este manejo genera el grave inconveniente de que al aceptar los primeros se da por probada la falla del servicio, circunstancia que bien puede no patrocinar el *ad quem*. Tampoco debe el Tribunal autorizar que se concilie sobre una parte de los perjuicios dictando auto aprobatorio del acuerdo parcial para luego reanudar la audiencia y conciliar sobre lo que quedó pendiente, dictando entonces otro auto aprobatorio como ocurrió en el caso sub examine. La conciliación no se debe aprobar por partes porque tiene un universo único». (Consejo de Estado. Sección tercera. Febrero 11 de 1994. Expediente 9090. Magistrado Ponente Julio Cesar Uribe Acosta.)

La ley vigente ya resolvió el punto al determinar que la conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél.

Ahora sobre la «Indisponibilidad del orden jurídico» y la conciliación administrativa, o mejor sobre la legalidad y el accionar de la administración pública en el derecho colombiano es claro que el contenido objeto de conciliación no puede quedar sujeto a la libre discrecionalidad de la voluntad de los interesados (administración y particular). En efecto, la decisión sobre la legalidad o ilegalidad de un acto para decretar o no su nulidad y, en consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales, a modo de ejemplo, no está contendida en el ámbito de los supuestos susceptible de conciliación. Esto ya lo hemos dicho, la legalidad o los principios en los que se soporta el orden jurídico, no son objeto de negociación.

Así lo ha puntualizado la jurisprudencia colombiana: «El orden jurídico, en cuanto constituya *ius cogens* o derecho imperativo, por esencia escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento dado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fue ilegal, por el solo afán de evitar un litigio, conciliando las



pretensiones. No pudo ser éste el querer del legislador autor de la ley 23 de 1991, como se desprende del hecho de haber excluido de su regulación las controversias atinentes a simple nulidad.» (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia No. 143 del 12 de diciembre de 1991. Bogotá. Expediente 2326. Magistrados Ponentes: Dr. Pedro Escobar Trujillo - Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.)

Realmente no se comparte la motivación de la Corte para excluir la conciliación respecto de actos administrativos, pues precisamente esa posición de la administración ha hecho inútiles no sólo los recursos de reposición sino también de apelación durante el trámite de la vía gubernativa. Bien puede suceder que durante el trámite de ésta o de la conciliación la administración se percate de su error, lo corrija y evite así un futuro litigio con altos costos para la administración y el administrado.

Sobre este punto cabe discutir si el interés público no puede ser prevenir una injusticia y en consecuencia un litigio. Por lo demás el mismo doctor Henao viene sosteniendo que si durante la conciliación la administración se percata de su actuar ilegal, sencillamente puede proceder no exactamente a conciliar el acto administrativo, sino a su revocatoria directa lo que si constituye una manera de preservar la legalidad.

La Jurisprudencia no comparte esta posición: «Cuando nos referimos a la revocatoria directa de los actos administrativos nos encontramos ante la factibilidad de «conciliar» (fuera del texto: conciliar es un término impropio, no se trata de conciliar sino de verificar o mejor revisar la actuación aparentemente ilegal o desviada) antes del pronunciamiento jurisdiccional, que supone una decisión previa o extrajudicial acerca de la legalidad», pero el supuesto de la conciliación extrajudicial es diferente, ésta se admite sólo para supuestos en los que no se comprometa la legalidad de los actos administrativos, independientemente que se trata de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación del daño o de naturaleza contractual. En efecto, en supuestos de conciliación no se entrega a la voluntad de las partes la potestad administrativa o jurisdiccional de anular la presunción de legalidad del acto administrativo y su firmeza. (Corte Suprema de Justicia, sentencia N°. 143, diciembre 12 de 1991, exp. 2326, M.P. Pedro Escobar y Pablo Cáceres Corrales).

Sin embargo la ley 446 adoptó una posición de avanzada al establecer en el artículo 71 que:

«Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de

LA COMPOSICIÓN, EL ARBITRAJE O LA TRANSACCIÓN COMO MÉTODO
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS

las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.»

Ahora bien, cuando no se puede aprobar una conciliación? Ha dicho el Consejo de Estado que:

«... la conciliación es lesiva para los intereses patrimoniales del Estado cuando se hace un monto superior al señalado en la demanda. Estima la Sala acogiendo jurisprudencia anterior que la conciliación se debe improbar al igual que cuando existan razones de nulidad y cuando hay deficiencias de carácter probatorio, por ejemplo en cuanto al fondo del asunto o la legitimación de las partes». (Consejo de Estado. Sección tercera. Febrero 23 de 1995. Expediente 10317. Magistrado Ponente Julio Cesar Uribe Acosta).

En cuanto al *favor legis* en relación con la Administración, además de aquellas normas que castiga a la parte o entidad que no demuestre ánimo *conciliandi* - Art. 79 A. (art. nuevo ley 446/98): Si alguna de las partes no comparece a la audiencia a la que fue citada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si el citante o el citado no comparecen a la segunda audiencia de conciliación y no justifica su inasistencia, su conducta podrá considerarse como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos. El conciliador expedirá al interesado la constancia de imposibilidad de conciliación.

«Esta disposición no se aplicará en materias laboral, policiva y de familia.»

En la siguiente disposición se crea una estructura específica para cumplir la función, lo que además permite que esta lógica se vaya incorporando a la cultura organizacional del estado.

En éste se establece:

Artículo. 65 B (Nuevo artículo incorporado por la ley 446/98) Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental y distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismo niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.

La informalidad de cara a garantizar la cobertura también constituye el telos de la normatividad:



«Art. 75. Ley 23/91. (modificado por el art. 77 de la ley 446/98: La conciliación prevista en materias laboral, de familia, civil, contencioso administrativa, comercial, agraria y policiva podrá surtirse válidamente ante un Centro de Conciliación autorizado o ante el funcionario público que conoce del asunto en cuestión, cuando éste no sea parte. Para los efectos de la conciliación en materia policiva sólo podrá tener lugar en aquellas materias que de conformidad con la legislación vigente admitan tal mecanismo.»

Sin embargo y como un mecanismo de control se prevé:

«Art. 79. Homologación. Los trámites de conciliación en materia Contenciosa-Administrativa que se surtan ante Centros de Conciliados autorizados por el Gobierno en los términos de esta ley, deberán ser comunicados al Procurador Judicial acreditado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la sede donde funciona el Centro de Conciliación, quien podrá acudir e intervenir durante el trámite conciliatorio si lo estima pertinente.

«Si el Procurador no asiste a la audiencia, el Centro deberá enviarle el acta de conciliación y, si no está conforme con el acuerdo conciliatorio, dentro de los cinco (5) días siguientes a su comunicación, deberá solicitar la homologación judicial, cuyo trámite será el previsto para las conciliaciones prejudiciales ante los agentes del Ministerio Público.»

(...)

También específicamente en el ámbito del derecho administrativo en cuanto a la conciliación prejudicial se estableció que:

«Art. 61. La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada» de tal manera que optar por la conciliación no es una manera de eludir la vía gubernativa.

En cuanto a la conciliación judicial en materia contencioso administrativa: «La audiencia de conciliación judicial procederá a solicitud de cualquiera de las partes y se celebrará vencido el término probatorio. No obstante, las partes de común acuerdo podrán solicitar su celebración en cualquier estado del proceso.

«En segunda instancia la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes antes de que se profiera el fallo». (Artículo 104 de la ley 23...)

La conciliación tampoco exime de responsabilidad al funcionario pues el artículo 105 de la ley que se viene citando establece que: «Lo pagado por una entidad

pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquella repita total o parcialmente contra éste.»

Es indudable que la conciliación es una figura ya consolidada en el ámbito del derecho administrativo colombiano pues definitivamente si permite cumplir con el anhelo de pronta y cumplida justicia. En efecto los trámites conciliatorios funcionan con adecuada eficacia sobretodo en la etapa prejudicial.

Pero cabe aclarar que esto no ha implicado un atentado contra el principio de legalidad ni contra el interés público, pilares del derecho administrativo, sino que por el contrario ha contribuido a su consolidación.

VII. LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

El estatuto general de contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993, consagra en forma clara y expresa, la transacción como uno de los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Dicha aplicación en el régimen de contratación pública se basa en los siguientes parámetros:

Para los efectos de dicha ley, se denominan entidades estatales, según el artículo 2:

«La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital de Santafé de Bogotá, los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas, y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado Colombiano tenga participación superior al 50% (debe entenderse de su capital), las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las cuales el Estado tenga participación accionaria mayoritaria en todos los órdenes y niveles sin importar la denominación que estas adopten; el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y todos aquellos organismos del Estado a los que la ley les otorga la capacidad para contratar».



Y según el artículo 68 de la misma ley 80 de 1993.

«Las entidades a que se refiere el artículo 2° 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 controversia contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada».

En fin, y de ahí el *favor legis* frente a la alternatividad, que el artículo 69 determine en forma perentoria que: «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 del compromiso para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.», como ya se indicó.

En fin respecto de la transacción sólo en materia contractual se puede identificar su existencia, aunque en la práctica se semeja a la conciliación.

En otros ordenamientos como el venezolano o el Italiano, donde se circunscribe a aquellas situaciones en que el particular y la administración se encuentran en condiciones de igualdad, para nuestro país podemos concluir que:

- a. Quienes son parte de un contrato, contraen además de las obligaciones propias a la ejecución del respectivo contrato la obligación de procurar la solución directa, vale decir sin acudir a la justicia ordinaria, de las diferencias que entre ellas surjan con ocasión del desarrollo que tenga su relación contractual, mandato éste que tiene origen en la no siempre afortunada experiencia resultante de la aplicación de los procedimientos judiciales en la solución de los conflictos surgidos de la contratación pública, dada su lentitud y el desgaste que produce el tramitar un proceso judicial en países como el nuestro.
- b. El empleo de mecanismos directos de solución de conflictos contractuales no requiere para su empleo de ningún presupuesto previo distinto del que las partes se encuentren en un conflicto surgido de su relación contractual. En consecuencia una vez surja la diferencia cualquiera de las partes, debe acudir a la solución por uno de los mecanismos de la solución directa.

- c. Así se incorpora en el ámbito de la contratación, la política de propender a la solución no judicial de las diferencias que tengan su origen en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos con el Estado, lo cual favorece a que el proceso contractual y sobretodo la ejecución del contrato resulte menos gravoso y formalista para el contratista lo que contribuye a que la contratación cumpla de manera más adecuada con su finalidad.
- d. En materia administrativa el contrato de transacción -que coincide con lo preceptuado en el artículo 2469 del Código Civil- está destinado para servir de medio para precaver el eventual litigio al cual pueden verse abocadas las partes de un contrato con el Estado, opción que permite su empleo en la etapa prejudicial de la situación, es decir, tanto en la fase de las conversaciones iniciales como en la fase en la cual se esté surtiendo la vía administrativa, lo mismo que para terminar extrajudicialmente un litigio que se encuentre pendiente de definición por parte de la justicia ordinaria, en virtud de lo cual, esta alternativa es aplicable a cualquier etapa de un proceso contencioso administrativo que verse sobre conflictos surgidos de la contratación pública mientras el mismo no se haya definido por medio de sentencia ejecutoriada.
- e. Para la aplicación del contrato de transacción a las materias propias del derecho administrativo debe tener en cuenta el requisito del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil Colombiano el cual establece que los representantes de La Nación, de los departamentos y de los municipios no podrán transigir sin la respectiva autorización del Gobierno Nacional, el Gobernador, o del Alcalde del cual dependa la correspondiente entidad, requisito que debe complementarse con la exigencia de que, cuando la transacción vaya a hacerse efectiva dentro de un proceso judicial y el mismo se haya promovido por orden contenida en una ley, en una ordenanza o en un acuerdo, la celebración de ésta debe ser autorizada por un acto de la misma naturaleza.

3. *La transacción y la jurisprudencia*

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, el 5 de noviembre de 1996 hubo un pronunciamiento sobre los requisitos de la transacción.

«Para que el acuerdo transaccional sustituya la jurisdicción, porque autocompone el conflicto de intereses, precisa no sólo su «ajuste a las



prescripciones sustanciales», sino que la petición cumpla con los requisitos formales que para surtir efectos procesales establece el art. 340 *ibidem*, pues no sobra advertir que ellos penden de la aprobación por parte del Juez o Magistrado».

De conformidad con el art. 2469 del C.C., la transacción es un contrato por virtud del cual las partes terminan un litigio entre ellas existente o precaven uno eventual.

Ahora, como la transacción es acuerdo que se da por fuera del proceso, para que éste produzca efectos procesales, es preciso solicitar su reconocimiento al interior de éste, cualquiera sea su estado, inclusive en el trámite del recurso extraordinario de casación, y aún respecto de las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia, precisando en la solicitud los términos de ella o acompañando el documento que la contenga.

La transacción, que el Código de Procedimiento Civil identifica como una de las formas de terminación anormal del proceso, es a la vez una manera civilizada y pacífica de finiquitar de modo total y vinculante los litigios judiciales y extrajudiciales, o al menos de reducirlos en cuanto a su contenido litigioso, porque como bien lo autoriza el art. 340 del C. de P.C., la transacción puede versar sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre una parcialidad de las mismas, bien por el contenido de su objeto, ora por el aspecto subjetivo, o sea porque sólo se celebra entre algunos de los litigantes, siempre y cuando no se esté en presencia de un *litisconsorcio* necesario.

De manera que el juez controla la transacción desde un doble ángulo: como contrato, caso en el cual vela porque él cumpla los requisitos sustanciales, y como medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando recae sobre la totalidad de las cuestiones debatidas (pero también cuando es parcial), exigiendo las condiciones formales que para tal acto procesal consagra el art. 340 *ibidem*.». Nótese pues incluso en el ámbito del derecho privado la figura se admite pero sometida a una importante supervisión.

De lo dicho hasta aquí la transacción puede considerarse la conciliación en el proceso de producción del acto administrativo, o la conciliación prejudicial o la conciliación judicial. Sin embargo cabe resaltar que se admite para el ámbito del derecho administrativo, por lo que sería menester interpretarla sistemáticamente con las normas de conciliación.

VII. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO COMPARADO

A la administración de justicia en sus diversos ordenes, en materia civil, comercial, laboral, penal y administrativa, a nivel mundial, como ya lo hemos indicado en la parte inicial de este escrito, se le exige celeridad, la eficacia y la economía. Esta tendencia se materializa cuando las instituciones crean espacios eficaces por medio de lo cuales se involucra la participación de los sectores privados de la sociedad en la solución de los conflictos de orden administrativo o judicial, que no implica nada diferente que el ciudadano aplique el derecho en busca de armonía en el desarrollo de sus relaciones de grupo. Desde la misma perspectiva se trata de un mecanismo que deberá surgir necesariamente de la concertación o el acuerdo de las partes interesadas en la definición de sus diferencias que no siempre suponen conflicto de intereses, sino que por el contrario admiten ser satisfechos sin el sacrificio de ninguna de las partes. Esto sucede obviamente cuando el resultado final se caracteriza por su razonabilidad.

Bajo esta perspectiva y sobre el particular ya nos hemos referido al contexto jurídico colombiano, procuramos a continuación aproximarnos a la figura del arbitramento, la conciliación y la transacción en el derecho comparado.

1. El arbitramento en el derecho italiano:

En Italia el arbitramento está previsto por normas preconstitucionales, como ya se dijo, de tal manera que era clarísimo el *favor legis* frente a ese medio de resolución de conflictos

Sobre esta institución, la Corte Constitucional en sentencia número 127, del 14 de julio de 1977 consideró que el arbitramento obligatorio atentaba contra el sistema constitucional. Las partes deben estar en libertad de optar por el arbitramento. De esta manera, se incorpora el componente esencial del negocio jurídico: el respeto por la autonomía de la voluntad de los contratantes. Por lo tanto todas las leyes que establecen arbitramentos obligatorios se entienden derogadas, o al menos en cuanto a su carácter obligatorio.

Ahora bien, entre la administración y los particulares puede celebrarse un arbitramento, pero si lo acuerdan las partes y en todo caso si es un arbitramento ritual, tal y como lo establece el artículo 806 del CPC, de tal manera que las partes no pueden servirse del arbitramento ritual o libre en el cual se confiere a terceros un nuevo reglamento negocial de los intereses.



Por su parte, en los arbitramentos facultativos rituales se excluye el carácter público de las controversias, tratándose de *litis* que tienen como objeto situaciones susceptibles de transacción o de renuncia (derechos subjetivos disponibles): entre esas se cuentan las que tiene objeto patrimonial y en general aquellas en las cuales la pública administración y el privado se encuentran en posición paritaria.

El arbitramento se construye como juicio sustitutivo del ordinario, por lo que no se considera admisible el arbitramento en que la administración se presenta en calidad de autoridad y las situaciones jurídicas del privado sean configurables como intereses legítimos, pues el conocimiento de éste le corresponde al juez administrativo. Tampoco se considera admisible que sean enviadas a árbitros, controversias concernientes a derechos subjetivos cuyo conocimiento le corresponda de manera exclusiva a determinado juez.

En materia de concesión de obras públicas la propuesta de arbitramento se puede hacer para las discusiones durante la obra, o después de la aprobación del laudo.

La sentencia de la Corte Constitucional italiana del 3 diciembre de 1991 número 12966 amplió las tipologías de concesiones comprendidas en la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, lo que anula los arbitramentos previstos en este ámbito.

En consecuencia podemos afirmar que en Italia no es aún suficiente el espacio reconocido a esta figura, pues evidentemente hay mucha resistencia, en lo que incide el fenómeno de corrupción administrativa que azotó el país, más que un apego apriorístico a la legalidad formal²⁷.

2. *La conciliación, la mediación y el arbitraje en el derecho francés*

Según Françoise Ducarouge, y tal como ya se indicó, en el procedimiento administrativo francés, los medios alternativos para la solución de conflictos como el arbitramento, la conciliación y la mediación no ocupan un lugar central. En realidad están reglamentados de manera fragmentaria, son extraños al juez administrativo, que razona con base a la legalidad. Pero hacen parte de un interés reciente de modernizar la administración, al reconocer como un mecanismo para descongestionar la justicia.

²⁷ V. Domichelli, op.cit.

En cuanto a la transacción, concebida también como un instrumento alternativo de solución de controversias, en el derecho francés se entiende su entidad de contrato por el cual las partes terminan con sus diferencias, nacidas o previene que estas surjan. De la misma manera se concibe en el derecho colombiano pues el Código civil en el artículo 2469 recita que: «La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa».

Tanto en el ordenamiento francés como el colombiano, la transacción es un acuerdo privado existente entre las partes interesadas, más no tiene carácter jurisdiccional, y surge además, de la mera liberalidad de las partes contratantes.

En Francia se transigen hasta 20.000 litigios por año sobretodo en materia tributaria y aduanera, casos en los cuales hay norma expresa que ampara este procedimiento. Casos de responsabilidad por operaciones y maniobras del ministerio de defensa, también se transigen.

De los procesos surgidos por rehusar la intervención de policía en procesos de lanzamiento, le correspondió a un tribunal francés 1500. Eran idénticos de formato. Gracias a la transacción el litigio sigue sólo respecto del 10%.

Arbitraje, mediación y conciliación no dependa de la voluntad de las partes sino que la decisión la toma un árbitro mediador o conciliador que puede ser el mismo tribunal o un tercero.

Por el contrario en Francia tienen un lugar muy modesto el arbitramento, pues se considera que no es compatible con la figura del juez administrativo, ni con el principio de legalidad. De ahí que el legislador haya tenido que adoptar leyes *ad hoc* para permitir su procedencia, en tanto que el poder judicial se resiste.

En cuanto se refiere a la mediación, esta figura es extraña a la lógica del juez administrativo, por que se basa en la equidad. No es una jurisdicción y sus decisiones se plasman en actos administrativos, no en sentencias.

Generalmente se lleva a mediación casos en que los recursos administrativos y los términos ya caducaron.

La conciliación en Francia, lo mismo que en Colombia, se diferencia del arbitraje, pues ésta es un modo amigable de solucionar los litigios, donde la decisión no se impone a las partes sino que es menester su acuerdo, en tanto que el segundo reviste el carácter de jurisdiccional.



En la conciliación que es prejudicial o judicial, interviene un tercero que puede ser el mismo juez o un tercero nombrado según la ley o el reglamento. En algunos casos es obligatoria como en los de materia tributaria la conciliación prejudicial, lo mismo que en materia contractual. En este ámbito y hablando en términos estadísticos, de 3.000.000 de conflictos sólo se dejan de conciliar 150.000.

Pero aún más, en el 87 una ley extendió para todos los litigios contenciosos la obligatoriedad de conciliación precontractual. Y es también obligatoria para las federaciones deportivas en ejercicio de poder público y los conflictos relativos a licencias.

En cuanto a los aspectos de trámite, la conciliación se adelanta por parte del juez administrativo desde 1986 y es una manera más segura de resolver el conflicto evitando futuras nulidades, etc. Puede también, dirigirla el presidente del tribunal, o el tribunal o un perito experto y se hace en audiencia pública.

Respecto de esta figura hay dos posiciones: la que sostiene que la conciliación no tiene cabida en el derecho administrativo, pues el juez se debe regir por el principio de legalidad y a la luz del interés público, y la que la acepta, pues considera que al juez le corresponde decir el derecho y poner fin al litigio.

Pareciera entonces que Colombia es un país más permeable a la implementación de los mecanismos de solución alternativa de conflictos, no sólo a nivel administrativo sino incluso en la instancia judicial.

VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA

El tema de la alternatividad como instrumento de resolución de conflictos no puede ser analizado desde el punto de vista exclusivamente jurídico. Sólo a partir de una evaluación fáctica del poder judicial en Colombia es posible entender el auge de los instrumentos ya enunciados, auge que no se ha visto obstaculizado por consideraciones de orden teórico en cuanto al derecho administrativo, e incluso se ha admitido cuando la discusión versa sobre derechos constitucionales fundamentales (artículo 27 del decreto 2591 de 1991, donde se reglamenta el desistimiento de una solicitud de tutela,) lo que no deja de sembrar dudas y perplejidad.

En efecto la congestión judicial, el formalismo de las decisiones del juez permanente, la prevalencia de un legalismo procesalista, la falta de compromiso

de nuestro juzgador con los principios rectores del Estado, han llevado a la justicia colombiana por un lado, a perder credibilidad, incluso respecto de la legalidad e imparcialidad de sus actuaciones, y por el otro a alejarse demasiado de los índices ideales de eficacia, por lo que prácticamente el derecho de acceso a la justicia resulta nugatorio.

En la parte introductoria de este escrito se hizo referencia al efecto perverso del principio de legalidad respecto de la administración pública. Sin embargo este principio también degenera en el legalismo en el ámbito jurisdiccional, lo que contribuye gravemente a ahondar la fractura entre realidad y derecho y por tanto a la crisis del poder judicial.

«El legalismo así concebido, sería una suerte de visión del mundo inherente al ejercicio de las funciones legales y consustancial a las instituciones judiciales. Ello ocasiona un vaciamiento del contenido del concepto, que puede entonces ser utilizado para hablar tanto de la perspectiva del juez en el sistema jurídico anglosajón como en el nuestro... Frente a esta posición que no deja salida alguna creemos que el legalismo y el formalismo son elementos de definición de determinados sistemas jurídicos y también de perspectivas legales específicas sobre el derecho (fuera de texto será precisamente por ello, la crítica de los operadores de la justicia sobre la imposibilidad de la efectiva aplicación del derecho) ...»²⁸.

A causa del legalismo y el formalismo que se describe lógicamente con el siguiente silogismo :

«la ley como primera premisa, el caso como segunda, y la decisión como conclusión; la tarea del juez que es autónoma del poder, que sólo interviene legislativamente, la adaptación del derecho a los cambios sociales que se debe dar a través de reformas de ley. Se plantea entonces en la actuación del funcionario judicial, lo que el autor califica como: 'esquizofrenia judicial' determinada por la aceptación del sino consistente en tener que decir de acuerdo a la ley, pese a que el piense, crea o siente de una manera distinta». Ahora, lo más grave aún, el operador judicial es consciente de ello sin embargo no es capaz de «hallar una alternativa en el manejo de la ley», para procurar satisfacer los fines para lo cual ha sido establecida.

²⁸ Teresa Ciudad y Alonso Zarzar, en A.A.V.V., «La administración de justicia en América latina», Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima, 1984.



«Así se coincide en demostrar la existencia de una conciencia culposa de los magistrados respecto a los límites del legalismo y también señalan la incapacidad de éstos para lograr trasponer esas barreras formales...»

(...)

Este mismo autor, al reflexionar sobre la relación ley-poder-administradores de justicia, indica :

«La ley puede funcionar entonces, como un mecanismo de autoprotección para aquellos magistrados que, insertos en un penoso precario canal de ascenso social, son psicológicamente inseguros y políticamente endebles. ...

«Pero la ley es también eventual refugio para los jueces que buscan preservarse de las presiones ejercidas por el poder... Con la mayor frecuencia el apego a la ley, su aplicación mecánica, lo que se ha convenido en llamar legalismo, redundan en beneficio de una más lograda eficacia en la dominación que el poder ejerce. La ley funciona así como una coartada del poder, pues se declara y se acepta que ésta representa intereses opuestos y diversos.... Ser formalista es en apariencia sujetarse al mandato de la ley, descartando en la decisión judicial todo elemento extrajurídico, especialmente el interés del poder. Pero al mismo tiempo ser legalista implica la defensa de intereses que el propio poder ya ha formalizado en el cuerpo legislativo...»²⁹.

No obstante esa realidad en algunos países como en Perú, la resistencia a la alternatividad ha sido fuerte, pues en alguna medida ésta sugiere caos, desorden, inseguridad jurídica, situaciones que en realidad se están presentando por la no evolución de los conceptos de impartir justicia.

2. *Sobre la solución de conflictos y la aplicación del derecho fuera de los tribunales. La privatización de la justicia.*

En un estudio de Rolando Soto Jimenez denominado «El uso de mecanismos informales en la resolución de conflictos en los particulares»³⁰, reportan los resultados de investigaciones realizadas mediante análisis estadísticos en Puerto Rico, en los que se pudo establecer la aceptación de estos mecanismos por parte del conglomerado social. En efecto, gozan de particular acogida mecanismos tales como la solución de conflictos en forma directa sin

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

intermediario, con la mediación de un experto componedor que en muchos de los casos es un abogado; la solución mediante el arbitraje de una tercera persona; la solución de un conflicto con la aceptación de fórmulas de arreglo propuestas por un juez sin que exista pleito judicial (conciliación prejudicial).

Es así como concluye el autor:

«Resulta interesante desde el punto de vista de la aplicación real del derecho por parte de los particulares, el analizar ciertas formas de tipo «informal», sin cuya existencia probablemente, los tribunales estarían más atiborrados de litigios, la justicia quizás sería más lenta y la paz social estaría más amenazada. La aparición de todos estos mecanismos analizados en esta investigación es el producto de la inter-acción social; del cotidiano quehacer humano que con su inventiva y su natural anhelo de paz y armonía acude a alternativas pragmáticas para la solución de los problemas. Es ésto lo que algunos actores llaman «derecho viviente», costumbres con relevancia jurídica, o *«jus vivens»*...

Sobre las ventajas que justifican el recurso a estos mecanismos alternativos de resolución de «conflictos», el autor citado identifica lo siguiente:

«Permiten que el orden jurídico adquiera mayor vigencia y positividad; representan una amplia colaboración de los particulares con el rol esencial de la administración de justicia; significa una aplicación práctica y eficaz de ese ordenamiento, por parte de los ciudadanos, y fortalecen los fines de seguridad, paz y armonía sociales que busca el sistema jurídico.

«La trascendencia de estas ventajas desde el punto de vista jurídico y social es enorme. Significan un aporte valioso de los ciudadanos al mantenimiento del orden jurídico y de la armonía en general. Por otro lado, la misma administración de justicia se beneficia grandemente con dichos mecanismos, ya que ellos permiten que, muchos de esos conflictos sean eficazmente solucionados. De no existir los mismos, esas desavenencias tendrán obligatoriamente que dilucidarse ante los tribunales de justicia, lo que causaría problemas de atiborramiento, aumentaría los costos de esa administración que probablemente se haría más lenta y afectaría la seguridad de las relaciones sociales.

«El mismo sistema jurídico resulta robustecido con la existencia de estas alternativas «informales» ya que las mismas significan conductas individuales o sociales de las personas, que buscan un acomodamiento o concordancia con los contenidos y los fines de las normas. Resulta pues tal situación en una mayor vigencia y positividad de todo el ordenamiento...



El papel de la justicia actualmente parece acompañarse de un movimiento de «desjuridización», es decir que tiende a instituir nuevas formas extrajudiciales de regulaciones sociales aplicadas a la familia: el sistema de mediación, una especie de modo informal de reglar los conflictos, fundado totalmente sobre la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero.

Se denota un ideal de justicia que trata de preparar a los ciudadanos para el ejercicio de la actividad pública y de la actividad privada, un ideal de orden social que permite establecer un vínculo entre la función de justicia y la concepción del orden del mundo.

«Este vínculo es cada vez más valorado en tanto que, a menudo, las sociedades, tienen tipos de resolución de conflictos propios de las sociedades de comunidad donde los modos de gestión de las relaciones sociales no son 'organizadas o intelectualmente representadas por el derecho' y funcionan en una especie de simbiosis entre normas culturales, normas legales y orden político y donde se deriva una 'justicia de proximidad', una justicia comunitaria, es decir una justicia con un procedimiento informal donde las decisiones son tomadas por los individuos, miembros de la misma comunidad que las partes»

Se escoge un ejercicio de la función de justicia fundada sobre la confianza, la búsqueda de acuerdo, la reciprocidad, es decir sobre los valores de base de una sociedad auténticamente comunitaria.

Además se plantea la justicia mediante la implantación de la práctica social donde se toma en cuenta al individuo inmerso en un grupo de intereses que evoluciona constantemente.

Así encontraríamos en uno de los dos extremos de justicia, la institucionalizada-profesionalizada y en el otro, la justicia como función social asumida por la propia sociedad civil.

La necesidad social de justicia se manifiesta contradictoria: «primeramente una expectativa de ejercicio de función simbólica (la justicia como encarnación institucional de una meta-razón, como guardiana de referenciales universales); en segundo lugar una necesidad de justicia que corresponde a una necesidad de gestión ordinaria de relaciones sociales»³¹.

³¹ COMMAILLE, Jacques. «Sociología de las formas de justicia» En *Anuario Vasco de Sociología del Derecho*, No. 3, San Sebastián, 1991.

En esta investigación se pone de presente el movimiento de desjuridización de la sociedad actual, la búsqueda de alternativas a la vía judicial tradicional que ha resultado inapropiada para la resolución de cierto tipo de conflictos y no ha corrido pareja a la evolución y complejidad de las relaciones sociales

Se plantea la solución extrajudicial como un nuevo método de tratamiento de conflictos y se centra en el estudio de las «Boutiques de Droit» en Lyon (Francia). Aquí los usuarios de este mecanismo de resolución de conflictos, experimentan con nuevas técnicas tales como, la conciliación y la mediación, en las cuales las partes son las protagonistas de la solución de sus diferencias.

Esta tendencia no se opone totalmente al sistema judicial imperante en Francia pero le imprime a la resolución de conflictos unos elementos importantes al encontrar en la sociedad misma la fuente principal de desarrollo del derecho, interviniendo en la regulación de sus conflictos mediante la obtención de acuerdos basados en la negociación donde la lógica refleja la prevalencia de los intereses y valores del grupo sin vulnerar los propios.

«A este pluralismo judicial podría corresponder un pluralismo jurídico en la medida en que estos grupos de mediación intentan demostrar, en el campo de los conflictos cotidianos, la posibilidad de creación de un nuevo orden social pro vía negociadora.

«A su vez, este proceso de negociación permite una mayor implicación de las partes en la solución de sus problemas lo que refuerza el carácter normativo de las decisiones adoptadas y su ejecución.

No debe, por tanto, menospreciarse la influencia de estos mecanismos de regulación informal en la construcción de un 'derecho espontáneo' formado por principios extraídos de la propia experiencia cotidiana»³².

Las consideraciones sociológicas aquí reportadas son sin lugar a duda válidas aunque no se refieren específicamente a la realidad del derecho administrativo y la pertinencia de tales mecanismos.

Si en el ámbito del *IUS Publicum* se reelabora, sobretudo en el inconciente colectivo y en la mentalidad de los funcionarios y empleados judiciales el concepto de legalidad, para dejar de aparejarlo con la validez formal, que es sólo una de las categorías a la luz de la cual se puede juzgar el ordenamiento

³² GALDOS LOYOLA, Elena. «la mediación como vía alternativa de acceso a la justicia: análisis de la experiencia de mediación desarrollada en Lyon». En *Anuario Vasco de Sociología del derecho*, No 1, San Sebastián, 1989.



jurídico, y se inicia una labor de entender, asumir y por sobretodo vivir el derecho a la luz de criterios tales como la justicia, la legitimidad y la eficacia de éste, seguramente y en forma consecuencial, nos encontraremos ante un derecho al que le resulte la validez formal una categoría insuficiente, de tal manera que se inicie a propugnar por una validez material que envuelve los conceptos de legitimidad, justicia y eficacia.

Se tratará de un derecho de contenidos y con cometidos específicos cuales son la realización de un estado social de derecho, participativo, democrático y con prevalencia de los de los derechos constitucionales fundamentales.

Esta concepción de derecho incluye en sí los contenidos de lo que hasta ahora se ha considerado una categoría abstracta, y lo más importante, implica y conlleva el superamiento de esa falsa dualidad entre interés particular e interés público que ha determinado por un lado un ciudadano que clama justicia material, y por el otro un funcionario público prevalido del legalismo invocando un abstracto interés general para denegar las pretensiones del administrado.

Por lo tanto si la alternatividad comporta una nueva actitud del ciudadano frente a la función judicial y en general, al aparato estatal, qué importante es trabajar para que tanto el administrador como el juez asuman una nueva perspectiva del derecho donde la alternatividad lejos de ser una ocasión para eludir el peso de la ley o de la justicia orgánica, constituya un complemento.

En cuanto a los arbitramentos, la complejidad de la contratación estatal e internacional, el imperativo de conocimientos técnicos, el manejo serio de lo jurídico implican que el arbitramento también en el ámbito administrativo tienda a expandirse, pues finalmente se trata de una institución de calidad que se ha ido consolidando en nuestro medio.

Por otra lado, la globalización de la economía así lo impone pues no es posible cargar con una justicia lenta e ineficaz.

CONCLUSIONES

1. El principio de legalidad, pilar de nuestro derecho administrativo trajo como efecto perverso la práctica del formalismo y el procesalismo como fin en sí mismo. La adopción del estado constitucional, de un derecho de principios orientado a lograr la justicia material, en un contexto de globalización, impone un cambio del modo de actuar de la administración y del juez administrativo e incluso implica una ruptura epistemológica del derecho administrativo.

En todo caso, ante esa tendencia se impone diferenciar el principio de legalidad y su finalidad primigenia de excluir la arbitrariedad de la administración, y el formalismo impuesto al administrado para mermar sus derechos.

También conviene estar alerta sobre la pertinencia del formalismo en algunos sectores, por ejemplo en el ejercicio de funciones administrativas tales como la inspección y vigilancia que ejercen las superintendencias, así como minimizarlos cuando de la erogación de un servicio público se trata.

2. El principio de legalidad amplificado a todas las actividades de la administración, y vaciado de contenido, antes que una garantía de los derechos, constituye, en el estado social, un obstáculo para la prestación eficiente de servicios. El imperativo de eficacia y economía ha implicado una huída del derecho administrativo hacia el derecho privado para evitar el formalismo y el procesalismo. Huída que en veces desdibuja las fronteras como en el caso de la privatización de los servicios públicos o en la adopción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos no sólo en el ámbito del procedimiento administrativo sino incluso en las instancias jurisdiccionales.
3. Dentro de los cambios que está sufriendo el derecho administrativo, nos encontramos en la instancia administrativa con la participación del destinatario del acto administrativo en el procedimiento de su formación. Se concilia así el interés general con el particular y se garantiza la aceptación y adhesión a la decisión adoptada pues el participe al ser coautor la entiende como razonable.

La conciliación también es otra forma de participar en el procedimiento administrativo cuando es prejudicial y comporta los mismos efectos.

Ahora bien, para que una decisión sea aceptada debe estar justificada para poder establecer su grado de razonabilidad. De allí deriva su fuerza, su *autoritas*. Esta no es una cualidad inherente a la persona, sino una cualidad que se adquiere en virtud de la calidad de las decisiones, por lo tanto la aceptación social de los árbitros, que suplen la jurisdicción administrativa pende de la razonabilidad de sus decisiones.

4. La administración de justicia es una función pública y no un servicio público. Es inherente y consustancial al estado mismo y por tanto no



puede ser privatizada. Sin embargo la garantía del derecho constitucional fundamental impone asumir una concepción funcional y no orgánica de la administración de justicia de tal manera de que los particulares investidos transitoriamente de jurisdicción puedan fungir como árbitros. El fundamento constitucional de esta institución se encuentra en el artículo 116.

Otro elemento fundamental consiste en que las partes deben poder decidir libremente si someten su decisión a un árbitro, pues está proscrita toda forma de arbitramento obligatorio.

5. El arbitramento en el derecho administrativo. En el ámbito del derecho administrativo se recepciona la figura arbitral del derecho privado. En materia de contratación estatal, ésta parece ser la norma general, obviamente en consideración de la cuantía.

Consideraciones como las de contrato de interés público o el imperativo de someter las decisiones al juez administrativo, como sucede en Italia, Francia o Venezuela, no restringen la esfera del arbitramento en el ámbito del derecho administrativo.

En Colombia constituye la regla general para la contratación estatal y sus cláusulas se interpretan en forma amplia.

6. La conciliación ha sido muy bien aceptada en nuestro orden jurídico hasta el punto que la ley 446 de 1998 previene que como consecuencia de ésta se entiende revocado el acto administrativo, de tal manera que ya no se limita a los conflictos patrimoniales de orden individual sino que de alguna manera concierne a la legalidad.
7. La transacción está regulada en el código civil incluso para el ámbito del derecho administrativo, aunque en realidad ésta debe ser interpretada a la luz de la normatividad vigente en materia de alternatividad.
8. En materia de contratación es una obligación del contratista propender por ésta y permite la derogatoria de los actos contractuales
9. La conciliación permite adaptar el derecho a la concepción de justicia del conglomerado social sobretodo en el ámbito del derecho privado, y contribuye a la solución pacífica del conflicto.

**LA COMPOSICIÓN, EL ARBITRAJE O LA TRANSACCIÓN COMO MÉTODO
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS**

10. El tribunal de arbitramento permite que la justicia funcione de manera eficaz, ágil, técnica y jurídicamente correcta. Es indispensable para un mundo globalizado.

11. La alternatividad complementa a la justicia ordinaria y mejora su funcionamiento.

**LA CONCILIACIÓN, EL ARBITRAJE
Y LA TRANSACCIÓN COMO MÉTODOS
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
ADMINISTRATIVOS**

Alberto Blanco-Urbe Quintero

LA CONCILIACIÓN, EL ARBITRAJE Y LA TRANSACCIÓN COMO MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS¹

Alberto Blanco-Urbe Quintero²

«Rendre la justice n'est que la seconde
dette de la société; empêcher les
procès est la première».

Constituyentes franceses, 1790

I. GENERALIDADES

La justicia o, mejor, el sistema judicial, está en crisis³. El retardo manifiesto, injustificado y desproporcionado en la respuesta al clamor del justiciable, así como otros factores de orden procesal inciden en la pérdida de legitimidad y de confianza en la jurisdicción estatal y constituyen un grave menoscabo al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva⁴. Hoy asistimos a una *«tendencia global hacia la desjudicialización de los conflictos»*⁵.

¹ Este trabajo constituye la ponencia del autor, como comentarista de la Profesora Sandra Morelli, de la Universidad Externado de Colombia, durante las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías»: «La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo», organizadas por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 9 al 12 de noviembre de 1998.

² Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la UCV; DEA en Derecho Público de la Universidad Robert Schuman, Francia; Profesor de Derecho Constitucional (Pregrado) y de Contencioso Tributario (Postgrado) de la UCV.

³ Emilio Aragonés Beltrán, «Resolución de Recursos en el Ámbito Tributario Local: Autocontrol Jurídico y Vía Administrativa Previa», página 251: «...el sistema judicial que sigue recibiendo el nombre esperpéntico de «contencioso-administrativo» se encuentra en un estado rayano en la postración».

⁴ Jesús González Pérez, «El Derecho a la Tutela Jurisdiccional», página 118: «Es un hecho incuestionable que...existe una resistencia a acudir a la fórmula procesal. Ante las dificultades de obtener satisfacción de una pretensión, en lugar de acudir al Juez se acude al arbitraje, o al arreglo, «más vale un mal arreglo que un buen pleito», o sencillamente se adopta una actitud de pasividad».

⁵ Juan Zornoza Pérez, «¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho Tributario español», página 176.

El fenómeno aquí evocado se presenta en todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluso en aquellas que se caracterizan por tratar la temática del interés público. El derecho procesal administrativo no es la excepción.

Así, el Consejo de Estado francés, en un reporte ilustrativamente intitulado «Solucionar de otra manera los conflictos: conciliación, transacción, arbitraje en materia administrativa»⁶, reconoció el estado de saturación en que se encuentran los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, lo que estimula la reflexión sobre los medios para solucionar de otra manera los conflictos de derecho, evitando su colapso.

Por su parte, en España, los artículos 88.1⁷ y 107.2⁸ de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, privilegian el empleo de mecanismos convencionales (acuerdos, pactos, convenios, contratos) que facilitan el diálogo entre la Administración Pública y los administrados y fomentan la participación de los administrados en los procedimientos administrativos (constitutivos o de primer grado y de revisión o de segundo grado), para finalizarlos o, de alguna manera, determinarlos; y, prevén la posibilidad de usar la transacción, la conciliación, la mediación o el arbitraje como medios alternativos⁹ de solución de conflictos, incluso en la fase impugnatoria de los actos administrativos, si ello es lo que más conviene a la mejor defensa del interés público.

⁶ «Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative», la Documentation française, Paris, 1993.

⁷ «Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

⁸ «Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados y comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo el procedimiento administrativo...».

⁹ Juan Rosa Moreno, «El arbitraje administrativo», páginas 100 y 103: se los califica de alternativos porque son una opción frente al recurso contencioso administrativo, estando sometido el convenio o el laudo arbitral, según los casos, a un control judicial «ad hoc».



Igualmente, esto que podríamos llamar la forma consensuada o concertada de la actividad administrativa¹⁰, en general, la encontramos prevista también, a título meramente ejemplificativo, en Alemania, en la Ley federal de procedimiento administrativo de 1976; en Italia, en la Ley 241/1990 sobre nuevas formas en materia de procedimiento administrativo; y, en los Estados Unidos de América, en la Ley federal sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos administrativos («Administrative Dispute Resolution Act») de 1990.

Como puede observarse, al lado de los actos administrativos tradicionales o realmente unilaterales, así como de los contratos administrativos y de los contratos de derecho privado suscritos por la Administración Pública, para el intercambio de bienes y servicios, de empleo ya común e incuestionable, universalmente comienza a abrirse paso una nueva técnica de administrar, representada por la categoría convencional llamada de los contratos de derecho público, que se diferencian de las anteriores figuras convencionales por estar siempre precedidos de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración Pública y el administrado, su cocontratante. Estos contratos de derecho público persiguen una mayor eficacia en la gestión pública, gracias a la estrecha colaboración de los administrados, que garantiza la legitimidad democrática directa y la eficacia real del actuar administrativo¹¹.

Por ejemplo, en materia tributaria, en virtud de la suscripción de un contrato de derecho público, la Administración Pública «renunciaría» al ejercicio de sus potestades de actuación unilateral, por la imposibilidad de determinar el crédito tributario en condiciones de costo y tiempo razonables o proporcionadas, para alcanzar el interés público tutelado (la recaudación impositiva), mediando una mayor eficacia administrativa, gracias a la negociación de una solución consensuada, que podría conducir a una transacción o a un arbitraje. Indudablemente, siendo la obligación tributaria «ex lege», estos contratos de derecho público sólo tendrán naturaleza declarativa o de fijación, y no constitutiva

¹⁰ Algunos (entre ellos Rafael Badell Madrid, en «Primer Seminario de Encuentro y Análisis UCV-UCAB: Realidad y Perspectiva del Derecho Público frente al Siglo XXI», Corte Suprema de Justicia, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público del Ministerio de Justicia, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, D.F., junio, 1998) han considerado que existe una «administración concertada», con fundamento principista en el artículo 109 de la Constitución de la República, de cuya actuación surgirían «actos administrativos bilaterales», tales como lo podrían ser los acuerdos transaccionales y arbitrales.

¹¹ Juan Rosa Moreno, op. cit., página 17: «estos mecanismos se acomodan a la constitucional necesidad de conciliar la garantía y la participación de los interesados con la eficacia administrativa como fines del procedimiento administrativo».

de la obligación tributaria, perfeccionada por la ocurrencia del hecho imponible, descrito en la norma legal.

Desde esta perspectiva, el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, la constitucionalización del principio de eficacia administrativa¹² y el objetivo de prevenir o evitar la actividad contenciosa (por ejemplo, para obtener soluciones más rápidas y eficaces y hacer economías en el presupuesto del Poder Judicial), se suman para incidir en una nueva lectura de los principios generales del derecho, y así concebir e implementar medios convencionales de prevención o terminación de procedimientos (administrativos o judiciales) y solución de conflictos, alternativos a los recursos tradicionales, que hallan su razón de ser en el derecho esencial a la participación ciudadana en los procedimientos públicos de toma de decisiones susceptibles de afectar la esfera jurídico subjetiva de los administrados, institución emblemática de todo Estado de Derecho Constitucional y, sobre todo, Democrático.

Los medios consensuales alternativos de solución de conflictos más importantes son la conciliación, la transacción y el arbitraje, de carácter autocompositivo los dos primeros y heterocompositivo el tercero.

En lo que respecta a la conciliación, ambas partes en conflicto se ponen de acuerdo para someter el problema a la consideración de un tercero, pero sin que éste tenga potestad de decisión, puesto que debe limitarse simplemente a formular recomendaciones o sugerencias para ayudar a las partes a llegar a un arreglo amistoso de solución, que bien puede consistir en un pacto vinculante o en el dictado de un acto administrativo «unilateral» que se fundamente en el contenido de lo convenido. El tercero bien puede ser un órgano público administrativo especialmente concebido para jugar ese papel, como acontece con el «médiateur» en Francia o el defensor del pueblo en España; el propio órgano jurisdiccional; o, un particular.

Además, la conciliación puede suceder con fines de prevenir o evitar un pleito judicial o ya dentro de un proceso en curso, de forma facultativa u obligatoria, según el régimen legal que se aplique. En todo caso, el análisis comparado suele revelar la generalizada inoperatividad de este medio alternativo y la tendencia a regular su procedencia meramente facultativa, de modo de convocar al libre intercambio de voluntades recíprocamente conflictuadas a buscar el acuerdo resolutorio.

¹² Su previsión en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no le resta su condición de principio constitucional del derecho administrativo, pues es en el texto fundamental que se consagran los fines del Estado, a los que se debe responder con racionalidad, oportunidad y bajo costo.



Ahora bien, tanto la conciliación como la transacción requieren que el ente público goce de la disponibilidad de los intereses en juego, lo cual ha hecho a muchos asumir el criterio de su improcedencia, partiendo de la idea de la indisponibilidad del interés público. Por su parte, el arbitraje sólo es posible cuando se trata de solucionar causas transables.

Por tanto, entendemos que la más exigente de estas figuras alternativas es el arbitraje, pues por encima de otros requisitos que le son propios, demanda también lo que es menester para la procedencia de la conciliación y de la transacción.

En virtud de esta constatación los comentarios se dedicarán a demostrar la constitucionalidad del arbitraje administrativo, de modo que en aplicación del principio «quien puede lo más, puede lo menos», quede también probada la conformidad a derecho de la conciliación y de la transacción administrativas.

En otro orden de ideas, a efecto de mejor arribar a las conclusiones de estas líneas e ilustrar el proceso de raciocinio empleado en su concepción, el análisis se hará particularmente enfocado al ámbito tributario, sobre la base de que el principio de indisponibilidad del crédito tributario (vinculado con el interés público comprometido con la recaudación impositiva) no es absoluto, por lo que el arbitraje tributario, especie del arbitraje administrativo, como su género, no contraría el principio de legalidad.

Así, estos mecanismos alternativos y convencionales de solución de conflictos, pueden ser válidamente empleados en el ámbito del derecho público, mediando ciertas adaptaciones conceptuales y reinterpretaciones de las normas dogmáticas fundamentales que rigen la actividad administrativa.

II. LA JUSTICIA SIN JUEZ EN DERECHO PÚBLICO

De allí que las normas positivas, con rango de ley, como los ejemplos mencionados del derecho comparado, hayan comenzado a regular la posibilidad de que los conflictos o litigios jurídicos sean válidamente solucionados, sea por las mismas partes, a través de mecanismos autocompositivos, como la conciliación y la transacción, sea por personas, dotadas o no de autoridad, que no revisten la condición de jueces¹³, por medio de mecanismos

¹³ Jean Robert, «Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé», página 9: «L'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger».

heterocompositivos, como el arbitraje. Se trata de la justicia sin juez, fundamentada en el consentimiento de las partes en conflicto, pues debe ser indefectiblemente voluntaria, y en la igualdad entre ellas, para quienes la decisión será, en principio, recíprocamente inimpugnable.

Concretándonos a la última de las figuras mencionadas, tenemos que se trata de una de las formas alternativas de solución de conflictos, la denominada arbitraje, que es una institución jurídica de naturaleza jurisdiccional, puesto que en esencia las funciones del árbitro y las del juez son idénticas¹⁴, decidiendo ambos con fuerza de cosa juzgada. El autor francés Charles Jarrosson¹⁵ define al arbitraje como la institución por la cual un tercero soluciona un litigio entre dos o más personas, ejerciendo la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellas. Igualmente, la jurisprudencia contencioso-administrativa francesa, de forma pacífica y reiterada, ha admitido el carácter jurisdiccional del poder de decisión del árbitro, como se observa de las sentencias del Consejo de Estado del 21 de abril de 1943, caso *Société des ateliers de construction du Nord de la France*, y del 4 de enero de 1957, caso *Lamborot*.

De esta manera, está claro que el arbitraje es una institución procesal de naturaleza jurisdiccional, constitutiva de un modo alternativo de solución de conflictos, incluso en el ámbito del derecho público y, por ende, del derecho administrativo y del derecho tributario.

Ahora bien, dentro de la doctrina francesa, en el pasado, algunos llegaron a sostener que tratándose de derecho administrativo, por incidencia de supuestas exigencias del derecho público, no todo modo alternativo de solución de conflictos podría ser empleado en casos de derecho administrativo, donde por ejemplo sólo procedería el arbitraje cuando existiese expresa previsión legislativa al respecto. Así, el reporte citado del Consejo de Estado francés expresa que, visto el estado actual de su derecho positivo, en el ámbito del control de legalidad de los actos administrativos se puede utilizar la conciliación, pero no la transacción sobre cuestiones de derecho ni el arbitraje.

¹⁴ Artículo 615 del Código de Procedimiento Civil: «El cargo de árbitro, una vez aceptado, es irrenunciable. El árbitro que sin causa legítima se separe de su cargo será responsable penalmente por el delito de denegación de justicia, sin perjuicio de que se haga efectiva su responsabilidad civil a través del recurso de queja que consagra este Código».

Artículo 619 «eiusdem»: «No pueden ser árbitros de Derecho quienes no sean abogados en ejercicio».

¹⁵ «La notion d'arbitrage», *Libreirie Général de Droit et de Jurisprudence (LGDJ)*, Paris, 1987, página 372.



La evocada negativa de la doctrina francesa en la materia, se basó en la supuesta y ya cuestionada existencia de un pretendido principio general de derecho, destacado en el dictamen «Eurodisneyland» del Consejo de Estado del 6 de marzo de 1986, y por el autor clásico francés Edouard Laferrière¹⁶, según el cual «el Estado no puede someter sus procesos a arbitraje»¹⁷. Además, se ha tratado de encontrar fundamento legal a este discutido principio en los artículos 2.060 y 2.061 del Código Civil francés vigente, herederos de los artículos 83 y 1.004 del antiguo Código de Procedimiento Civil francés, que lo establecían expresamente.

Pero, modernamente, autores y connotados administrativistas de la talla del profesor francés Jean Rivero¹⁸, sostienen que la prohibición contenida en los artículos mencionados del antiguo Código de Procedimiento Civil francés, de someter a arbitraje los conflictos que involucrasen al Estado, desapareció con la entrada en vigencia de los citados nuevos dispositivos del Código Civil francés.

Así, siguiendo al ya citado autor francés Charles Jarrosson¹⁹, tenemos que no existe incompatibilidad racional entre arbitraje y derecho público y que es falso que a través del arbitraje las autoridades administrativas descuiden su deber de defender los intereses públicos²⁰, conforme al principio de legalidad y que cualquier desviación en este sentido sólo pudiera ser corregida por el juez, obligado como está a estatuir en derecho.

En efecto, los árbitros no solamente están obligados, en principio, a estatuir en derecho, en derecho comparado, sino que en cualquier caso, tratándose incluso de árbitros arbitradores o amigables componedores (por supuesto en materia de derecho privado), siempre deben respetar los principios procesales y las reglas de fondo²¹, todo ello sin olvidar que la sentencia o laudo

¹⁶ «Traité de la juridiction administrative», Tomo II, Paris, 1888, página 145.

¹⁷ Jean Robert, op. cit., página 39: «principe général de l'interdiction faite aux personnes morales publiques de passer les conventions d'arbitrage».

¹⁸ «Personnes morales de droit public et arbitrage», Revue arbitrage, Paris, 1973, página 268.

¹⁹ «L'arbitrage en droit public», página 17.

²⁰ Francisco Delgado Piqueras, «La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo», página 36: «con el fin de salvaguardar los intereses públicos en juego, admite la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus».

²¹ Artículo 618 del Código de Procedimiento Civil: «Los árbitros son de derecho, o arbitradores. Los primeros deben observar el procedimiento legal, y en las sentencias, las disposiciones del Derecho...».

arbitral puede ser objeto de un control posterior, vía recurso de anulación, ante el juez²².

Por otro lado, también es falso que el juez tenga un mayor respeto por los dineros públicos que el que podría asumir el árbitro, pues el árbitro, al igual que el juez, sujeto a derecho como está, al administrar justicia, determina las responsabilidades y condena a quien corresponda, sea a pagar las sumas debidas, sea a reparar adecuadamente los daños y perjuicios ocasionados, según los casos.

No existe, pues, fundamento de derecho alguno que justifique la supuesta presencia, en el derecho francés u otro, de un pretendido principio general de derecho de exclusión del arbitraje en todo conflicto jurídico en el que esté involucrado el Estado. Se trata tan sólo de la asunción, por parte del Legislador, de una política de ejercicio del poder, que tradicionalmente exige que los órganos públicos sólo sean juzgados por órganos públicos. No obstante, se observa que, paradójicamente, los Estados, en general y parcialmente, sólo han ejercido semejante prerrogativa frente al arbitraje interno, ya que no han tenido inconvenientes a la hora de someterse al arbitraje en derecho internacional público, incluso en materias propias del interés u orden público y la soberanía nacional, como lo son los conflictos limítrofes.

Artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial: «Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos... Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho».

²² Artículo 624 del Código de Procedimiento Civil: «Si los árbitros son arbitradores, sus fallos serán inapelables. Si fueren de derecho, serán igualmente inapelables, salvo pacto en contrario que conste en el compromiso, para ante el Tribunal Superior natural o para ante otro Tribunal de arbitramento que hayan constituido las partes con ese fin».

Artículo 627 «eiusdem»: «La nulidad de que trata el artículo precedente se hará valer por vía de recurso ante el Tribunal que haya publicado el Laudo Arbitral ejecutoriado, dentro de los diez días posteriores a la publicación. El Tribunal procederá a ver el recurso con todas las formalidades legales, dentro de tres días; y, una vez sentenciado, seguirá su curso ante los Tribunales Superiores, caso de interponerse apelación».

Obviamente, el análisis concordado del artículo 628 «eiusdem» («Para todos los efectos de este Título, es juez competente en Primera Instancia el que lo fuere para conocer del asunto sometido a arbitramento») y del artículo 220 del Código Orgánico Tributario («Son competentes para conocer en Primera Instancia de los procedimientos establecidos en este Código, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario...»), nos permite admitir que nos referimos al Juez Superior de lo Contencioso Tributario.

Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial: «Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad».



Así, vemos que en derecho francés, por una decisión simplemente de derecho positivo y sin basamento dogmático, existe una prohibición general de someter a arbitraje los conflictos internos en los que esté involucrado el Estado, salvo que haya previsión legal en contrario que lo permita. Por tanto, hoy por hoy, en Francia, el contencioso-administrativo de anulación o de la legalidad no puede ser sometido a arbitraje, como en algunos casos lo puede ser el contencioso-administrativo de la responsabilidad o de condena, el contencioso-administrativo de los contratos administrativos y el contencioso-administrativo de las obras públicas²³.

Sin embargo, a la luz de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos, como el español, el italiano, el alemán y el americano, en general hoy debe aceptarse que la regla o principio radica, en realidad, en el derecho de los sujetos de toda relación jurídica (incluida la eminentemente pública relación tributaria²⁴) conflictuada, a utilizar algún modo alternativo de solución de conflictos, siendo la excepción la imposibilidad de hacerlo, cuando haya norma explícita en contrario.

En este orden de ideas, el profesor español Luciano Parejo Alfonso²⁵ enfáticamente nos dice que «no existe prohibición general y absoluta expresa o implícita al ejercicio pactado o acordado de las potestades administrativas» y, siguiendo con él al autor español J. Tornos Mas²⁶, afirma que «lo cierto es lo contrario, es decir, la admisión general de la transacción y el arbitraje, como resulta de los arts. 39 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988 -para la materia hacendística- y 40 y 41 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 15 de abril de 1964».

De esta manera, en el caso español, que nos sirve aquí de modelo (y del cual, como veremos, Venezuela no se aleja mucho), el artículo 39 de la Ley General

²³ Jean Robert, op. cit., página 39.

²⁴ José Andrés Octavio, «La Transacción en el Código Orgánico Tributario», p. 29: «...Conceptuamos, con el maestro Dino Jarach, que la potestad tributaria se agota con la promulgación de la norma legal creadora del tributo pero que de allí en adelante las dos partes de la relación jurídica tributaria, o sea el Estado y el sujeto pasivo de la obligación, están en pie de igualdad, sometidas ambas a las pertinentes normas legales. Dicho en los términos utilizados por el citado maestro, la relación jurídica tributaria es de derecho y no de poder, en tanto que éste es característico de la potestad tributaria».

²⁵ «El Artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: el Pacto, Acuerdo, Convenio o Contrato en el Procedimiento Administrativo», páginas 22 y 23.

²⁶ «El Arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica», Tribunal Arbitral de Barcelona, Butlletí, número 6, Barcelona, 1995, páginas 13 y siguientes.

Presupuestaria, dentro de los requisitos formales evidentes que deben ser cumplidos rigurosamente, consagra la procedencia tanto de la transacción judicial o extrajudicial, como del arbitraje, sobre materias vinculadas con los derechos de la hacienda pública.

Pero, en todo caso, siendo de la competencia del Poder Legislativo normar el funcionamiento de las otras ramas del Poder Público y regular la prestación de las funciones estatales en sus ámbitos o manifestaciones infra o sub-legales²⁷ y de los servicios públicos, como la administración de justicia, es evidente que el Legislador debe reglar la jurisdicción, actividad de rango infra o sub-legal, pudiendo determinar que la misma sea ejercida por los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial (tribunales), por órganos administrativos en fase de revisión de la legalidad de los actos administrativos (recursos administrativos de reconsideración, jerárquico, de queja, de revisión, etc., que concretan el principio de auto-tutela administrativa) o, alternativamente, por personas que no revistan la condición de jueces, sino que sean simples particulares²⁸, en este último caso, si esa es la voluntad de las partes involucradas en el conflicto jurídico, la Administración Pública y el administrado²⁹ (arbitraje).

Los autores argentinos Susana Camila Navarrine y Rubén O. Asorey³⁰, citados por el autor español Ramón Falcón y Tella³¹, expresan que:

«El papel excluyente de la justicia ordinaria, como única competente para dirimir cuestiones en que el Estado era parte, dejó de tener exclusividad y relevancia. Por eso también los tribunales arbitrales serán la única respuesta frente a esa evolución. Y en este contexto aparece la materia impositiva como la de mayor riqueza para ser arbitrable».

²⁷ En nuestro caso, véanse los Artículos 136, ordinales 23° (administración de justicia) y 24° (procedimientos) y 139 (funcionamiento de las distintas ramas del poder nacional) de la Constitución de la República.

²⁸ Juan Rosa Moreno, op. cit., página 61: «el convenio de las partes es sólo un presupuesto, el poder jurisdiccional del árbitro es independiente de la voluntad de las partes y se produce porque así lo quiere el Estado a través de la ley».

²⁹ Emilio Aragonés Beltrán, op. cit., página 149: «El control de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a los Tribunales de Justicia, ... Pero tal control no tiene por qué ser el único y exclusivo, ni por exigencias constitucionales y legales ni por imperativos de la realidad práctica».

³⁰ «Arbitraje. Jurisdicción Arbitral en Controversias con el Estado. Proceso Arbitral en Cuestiones Tributarias», La Ley, Buenos Aires, 1992.

³¹ «El Arbitraje Tributario», página 257.



III. EL MITO DEL PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD DEL CRÉDITO TRIBUTARIO Y EL RESPETO CIERTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Establecido como ha quedado que no hay traba conceptual alguna para admitir el arbitraje en derecho público y, particularmente en derecho administrativo y en derecho tributario, en derecho comparado, como se le recibe pacíficamente en otras ramas del derecho interno, conviene ahora constatar que el arbitraje, como institución jurídica, suele estar supeditado en su procedencia a que verse sobre materias susceptibles de transacción, las cuales por naturaleza deben ser controversias disponibles por las partes³², lo que ha hecho equivocadamente³³ en nuestro concepto concluir a algunos que, como el crédito tributario (como se supone ocurre con los demás intereses públicos) no sería disponible, los conflictos sobre el mismo no podrían ser transables y, en consecuencia, tampoco arbitrables.

Afortunadamente, este razonamiento de una lógica impecable pero ideológicamente comprometido con una posición jurídico-política que asume al poder de imperio y sus manifestaciones concretas, como expresión exclusivamente unilateral, cuestionable sólo judicialmente y a posteriori, y subsumido dentro de la perspectiva autoritaria³⁴ de un régimen de democracia meramente representativa, en mucho, ya ha sido superado. Veamos.

Los exponentes de la tesis clásica, en Venezuela, escribieron sus ideas al respecto bastante tiempo atrás, en las décadas de 1960 y 1970, cuando imperaban aquellos conceptos, antes de la promulgación y entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario (1983). Así, por ejemplo, el tributarista Florencio Contreras Quintero³⁵, de gran autoridad para la época, enfatizó en que:

«...en una controversia tributaria...o usted, contribuyente, debe o no debe! Si debe, paga; y pagará lo que deba, no más, pero tampoco menos! Y si no debe, pues no paga nada! Y si surge algún contradictorio,

³² Artículo 1.714 del Código Civil: «Para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción».

³³ Aunque de manera explicable por razones históricas, propias de los conceptos iuspublicistas imperantes en las épocas en que escribieron.

³⁴ Francisco Delgado Piqueras, op. cit., página 37: «la infravaloración del papel de la declaración del privado en la constitución de una relación administrativa no sería sino un prejuicio impuesto por la concepción mayeriana del derecho administrativo como derecho de supremacía especial y su sobreestimación del principio de autoridad».

³⁵ «Disquisiciones Tributarias», páginas 125 y 126.

pues lo que resuelva la Justicia! Esa es la solución de Derecho, en un régimen de Derecho, en un Estado de Derecho! Esta es la expresión más simple del principio de la legalidad!...».

Por su parte, el profesor Gabriel Ruán Santos³⁶ afirmó lo siguiente:

«...el poder de disposición de los órganos de la Administración Pública sobre las materias regidas por el derecho público es sumamente restringido, porque el ejercicio del Poder Público se encuentra encauzado rigurosamente por el principio de legalidad y condicionado por el interés público...sólo podrían admitirse escasas excepciones a este principio de indisponibilidad del ejercicio del Poder Público, en algunas actuaciones particulares comprendidas dentro de las materias de derecho público. Esto conduce lógicamente a sostener que el instituto de la transacción, así como todos aquellos que presuponen la existencia del poder de disposición en la materia, es por principio inaplicable en ese campo de la actividad pública».

Y, el profesor Allan Randolph Brewer Carías³⁷, si bien admitió la transacción, en principio, en materia administrativa³⁸, sostuvo que:

«...no podría válidamente celebrarse una transacción que implique una renuncia al ejercicio de la competencia tributaria y sancionadora, que es obligatoria para la Administración y de orden público»³⁹.

Ese es, entonces, el resumen del postulado clásico, frente al cual, ante todo, debe advertirse que la tal indisponibilidad del crédito tributario, tomada aquí

³⁶ «Comentarios sobre la Aplicabilidad del Instituto de la Transacción a la Actividad de la Administración Pública», páginas 90 y 91.

³⁷ «Las Transacciones Fiscales y la Indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributarias», páginas 26 y 34.

³⁸ Op. cit., página 3.

³⁹ José Andrés Octavio, op. cit., p. 30: «No compartimos esta interpretación restrictiva del doctor Brewer Carías respecto al artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, pues en nuestro criterio la norma autoriza las transacciones en materia tributaria, y establece sus propias pautas procesales, por lo que su alcance no debe entenderse limitado a aquellos casos previstos en el artículo 49 de dicha Ley. Sin embargo, lo que nos interesa destacar de la opinión de Brewer Carías, porque tiene relevancia frente a la norma del Código Orgánico Tributario, es que admite, con entera razón, que una norma legal puede autorizar la transacción en este campo, tal como él lo acepta con respecto a los casos previstos en el ya citado artículo 49. Por lo tanto, es obvio que esta opinión implica que esa norma, y consecuentemente las disposiciones del Código Tributario que autorizan la transacción, no son violatorias de la Constitución ni del Código Civil».



como manifestación concreta de la tradicional indisponibilidad de las potestades de derecho público, si bien existe, debe ser ubicada en su justo sitio, pues ella, al contrario de lo que los autores clásicos definitiva o aparentemente sostuvieron, no es absoluta.

En efecto, el ordenamiento jurídico legal contempla figuras de dispensa, condonación o reducción de la deuda tributaria, representativas de indudables actos de disposición patrimonial, como la remisión legal, la exención, la exoneración, la rebaja de tributos y la declaratoria de incobrabilidad de créditos tributarios (artículos 4, ordinales 2º y 3º, 5, 6, aparte único, 38, ordinales 4º y 5º, 49, 50, 64 y 69 del Código Orgánico Tributario⁴⁰ y 115⁴¹ de la Ley Orgánica de Régimen Municipal), explicadas en virtud de la necesaria implementación de políticas fiscales de diverso orden, pero que, en

⁴⁰ Artículo 4 del Código Orgánico Tributario: «Sólo a la ley corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias: ...; 2º Otorgar exenciones y rebajas de impuesto; 3º Autorizar al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales; ...».

Artículo 5 «eiusdem»: «En materia de exoneraciones, desgravámenes, rebajas y demás beneficios fiscales, la ley determinará los requisitos o condiciones esenciales para su procedencia, a los fines de evitar en lo posible la discrecionalidad del funcionario cuando fueren otorgadas».

Aparte único del artículo 6 «eiusdem»: «La disposición precedente es también aplicable a las exenciones, exoneraciones y otros beneficios».

Artículo 38 «eiusdem»: «La obligación tributaria se extingue por los siguientes medios comunes: ... 4º Remisión. 5º Declaratoria de Incobrabilidad...».

Artículo 49 «eiusdem»: «La obligación de pago de los tributos sólo puede ser condonada o remitida por ley especial. Las demás obligaciones, así como los intereses y las multas, sólo pueden ser condonadas por dicha ley o por resolución administrativa en la forma y condiciones que esa ley establezca».

Esta disposición fue ejecutada por la Ley de Remisión Tributaria, promulgada el 24 de abril de 1996.

Artículo 50 «eiusdem»: «La Administración Tributaria podrá de oficio declarar incobrables las obligaciones tributarias y sus accesorios y multas conexas...».

Artículo 64 «eiusdem»: «Exención es la dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, otorgada por la ley.

Exoneración es la dispensa total o parcial de la obligación tributaria, concedida por el Ejecutivo Nacional en los casos autorizados por la ley».

Artículo 69 «eiusdem»: «Las rebajas de tributos se regirán por las normas de este Capítulo en cuanto les sean aplicables».

⁴¹ Artículo 115 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: «El Municipio no podrá acordar exenciones, exoneraciones o rebajas de impuestos o contribuciones municipales especiales, sino en los casos y con las formalidades previstas en las Ordenanzas».

líneas generales, son demostrativas del carácter relativo del principio de indisponibilidad del crédito tributario.

Además, está claro que la Constitución de la República no establece, en dispositivo alguno, este principio de indisponibilidad, sino que ello responde, se insiste, a una interpretación propia de una perspectiva autoritaria del ejercicio del Poder Público.

Por tanto, el Legislador está debidamente facultado, para prever y regular, mediante ley, entre otros, supuestos como los señalados anteriormente, de manera únicamente enunciativa, de acuerdo a lo que mejor convenga al interés público, en virtud del principio de eficacia administrativa, y con respeto al deber constitucional de todos de contribuir con las cargas públicas, atenuado por derechos esenciales también constitucionales, tales como los derechos a la vida, a la salud y a la protección de la familia (que por razones de sobrevivencia justifican, por ejemplo, las exenciones de base y de venta del hogar doméstico, en materia de Impuesto Sobre La Renta), a la propiedad, con la garantía de la no confiscatoriedad, a la libertad económica, a la seguridad jurídica, a la igualdad, a la participación en los procesos públicos de toma de decisiones, etc., y por principios como el de la capacidad económica. De hecho, el parágrafo único del artículo 38 del Código Orgánico Tributario, faculta al Legislador a establecer otros medios de extinción del crédito tributario, distintos del simple pago y los tradicionales de la compensación, la confusión y la prescripción.

Incluso, ahora en el ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, el artículo 150 del Código Orgánico Tributario, aún en presencia evidente de infracción tributaria, permite que el funcionario competente, por razones de política fiscal, disponga de dicha potestad, al establecer, sencillamente y sin posibilidad alguna de control judicial sobre los motivos, una presunción «iuris et de iure» según la cual:

«Si la resolución a que se refiere el artículo precedente no aplica la sanción y se limita sólo a determinar la obligación tributaria, se entenderá que la Administración Tributaria la consideró improcedente».

Por ende, los medios alternativos de solución de conflictos, esté o no involucrado el Estado en ellos, y sean o no de naturaleza tributaria, no son contrarios al Texto Fundamental⁴². Muy por el contrario, pueden consistir en la única vía posible de acometer y lograr la satisfacción del interés público.

⁴² En Dictamen de la Procuraduría General de la República del 6 de julio de 1965 (publicado en la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1965), se admitió la procedencia



Si efectivamente existiese con carácter absoluto ese principio de indisponibilidad, y el mismo tuviese el pretendido rango constitucional, el Legislador no habría podido válidamente consagrar la transacción del crédito tributario (forma de disposición del mismo), como lo hizo en los artículos 7 y 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional⁴³ (hoy derogados en el ámbito tributario), en

del llamado «arbitraje administrativo», así: «La Administración puede someter al criterio de árbitros -arbitradores o de derecho- la resolución de conflictos surgidos entre ella y los particulares, con las limitaciones derivadas de la licitud del objeto y la capacidad de los compromisarios». Y, para ser consecuente con la tesis clásica de la época, le estableció límites así: «No pueden ser objeto de arbitraje materias como las señaladas en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, y todas aquellas sobre las cuales no cabe transacción, en las que quedan incluidas, entre otras, las especies administrativas concernientes al ejercicio de poderes, dominio público y régimen impositivo en algunos de sus aspectos fundamentales».

Por tanto, está claro que el arbitraje procedía, en criterio de la Procuraduría General de la República (interpretado indirectamente), ya desde 1965, en aspectos no fundamentales del régimen impositivo.

Además, resulta útil resaltar que, en otro Dictamen del 15 de octubre de 1965 (publicado en la misma Doctrina), la Procuraduría General de la República admitió la arbitrabilidad de la materia, al aceptar su transaccionabilidad, así: «La intervención del Procurador General de la República que ordena el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional como uno de los requisitos necesarios para poder convenir, transigir o desistir de cualquier acción o recurso en una causa fiscal puede ser, según el caso, su actuación -personal o por medio de sustituto- o su opinión sobre el mismo».

Consecuente con lo anterior, en otro Dictamen del 22 de agosto de 1967 (publicado en la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1967), la Procuraduría General de la República, en materia de «arbitraje administrativo», sostuvo que: «La capacidad de la República para comprometer en árbitros no se contradice en ningún precepto legal y antes bien queda afirmada en el artículo 19 del Código Civil».

⁴³ Artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional: «En ninguna causa fiscal se podrá convenir en la demanda, celebrar transacciones, ni desistir de la acción ni de ningún recurso, sin autorización previa del Ejecutivo Nacional dada por escrito y con intervención del Procurador de la Nación».

Artículo 49 «*eiusdem*»: «Pueden sacarse a remate público o contratarse con particulares, a juicio del Ejecutivo Nacional, las deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores...».

Respecto a dichas deudas, podrá también el Ejecutivo Nacional celebrar arreglos o transacciones con los deudores, así como conceder remisión, rebaja o bonificación de las mismas o de sus intereses, o plazos para su pago, cuando a su juicio fueren conducentes tales concesiones.

No podrán llevarse a efecto cesiones, remisiones, rebajas o transacciones de cualquier género en lo concerniente a este artículo, sino cuando después de consultados el Contralor de la Nación y el Procurador de la Nación, estos funcionarios hayan informado por escrito, indicando la circunstancia de lo que se pretende».

el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (que se transcribirá y comentará más adelante), en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República⁴⁴ y en el artículo 58 del Código Orgánico Tributario (cuyo texto se reproducirá en los párrafos siguientes), dispositivos legales que, por lo demás, aunque no con la frecuencia esperada, ya han sido efectivamente empleados en convenios entre la Administración Tributaria y los contribuyentes⁴⁵.

A la sazón, el artículo 58 del Código Orgánico Tributario, consagrado dentro del Capítulo VI «Transacción», del Título II «Obligación Tributaria», dispone que:

«El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.

La transacción podrá celebrarse sin la opinión del mencionado funcionario, cuando hayan transcurrido tres (3) meses sin haberse recibido su respuesta. No será necesario el pronunciamiento del Consejo de Ministros, cuando el asunto sometido a transacción no exceda de un mil unidades tributarias (1.000 U.T.). El Consejo de Ministros podrá elevar este límite hasta cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.). El contrato de transacción será otorgado en nombre de la República por el Procurador General de la República»⁴⁶.

Por tanto, la Administración Tributaria sí goza de facultades dispositivas de la deuda tributaria y de la potestad sancionatoria, aunque ello sea, obviamente, en virtud del principio de legalidad, en los términos en que el Legislador lo establezca⁴⁷.

⁴⁴ Artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: «Cuando el Ejecutivo Nacional resuelva declarar la prescripción de los créditos atrasados a favor de la República, será necesario el dictamen previo de la Contraloría. Igual requisito deberá cumplirse en los casos de remisión total o parcial de dichos créditos, cesiones, concesión de prórrogas para su pago o celebración de cualquier transacción relacionada con los mismos y con los intereses que hayan devengado».

⁴⁵ Se recuerdan las transacciones de los viejos reparos petroleros y los más recientes convenios de transacción entre la Procuraduría General de la República y las embotelladoras.

⁴⁶ Similar régimen legal está previsto en el artículo 76, ordinal 12º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, para la tributación local.

⁴⁷ El mismo profesor Gabriel Ruán Santos, op. cit., página 95, admite que «es menester reconocer la transigibilidad de ciertas materias, incluso de derecho público, por expresa autorización de la Ley».



Igualmente, resulta útil al razonamiento admitir que, si bien la Constitución de la República no prohíbe el uso de mecanismos convencionales y alternativos de solución de conflictos, es lo cierto que más bien sugiere implícitamente su empleo, a través de la consagración de principios generales de derecho tales como los de seguridad jurídica, de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones y de eficacia administrativa⁴⁸, aunados al derecho a la tutela judicial efectiva y al fin estatal de consecución de la paz social, el bienestar colectivo y la convivencia pacífica.

Además, lo que sí expresamente exige el Constituyente es que la Administración Pública actúe conforme al principio de legalidad (o mejor, principio de juridicidad o de conformidad a derecho)⁴⁹. Es decir, que la actividad administrativa puede desarrollarse sólo con arreglo a los procedimientos fijados por la ley⁵⁰, lo cual nos conduce a aceptar que la ley puede determinar medios concordados alternativos, como, entre otros, los conciliatorios, los transaccionales y los arbitrales.

Aquí resulta interesante resaltar que los autores clásicos contrapusieron el principio de legalidad, a la posibilidad de establecer convenios entre la Administración Pública y los administrados, para concluir en su improcedencia. Pero, si lo que persigue ese principio es que el Poder Público actúe conforme a derecho, apegado a la ley, y acontece que un texto de rango legal faculta a la Administración Pública para actuar consensuada o concertadamente, incluso en el campo del derecho público⁵¹, como es el caso de las materias administrativa y tributaria, es evidente que las vías conciliatorias, transaccionales o arbitrales, previstas en la ley, no significarían violación alguna, sino todo lo contrario, la más irrestricta sumisión al principio de legalidad⁵².

⁴⁸ María Luisa González-Cuéllar Serrano, *op. cit.*, páginas 97 y 98 y 176 y 177.

⁴⁹ Artículo 117 de la Constitución de la República: «La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio».

Artículo 193 «*eiusdem*»: «...La ley orgánica determinará el número y organización de los Ministros y su respectiva competencia...».

⁵⁰ Es competencia del Poder Nacional legislar sobre los procedimientos. Artículo 136, ordinal 24° de la Constitución de la República.

⁵¹ José María Roca Martínez, «Arbitraje e Instituciones Arbitrales», página 84: el arbitraje es de Derecho Público cuando una de las partes es una persona de Derecho Público, encontrándose en una situación de supremacía, siendo las cuestiones litigiosas sometidas a la decisión de los árbitros de Derecho Público, porque afecten intereses públicos.

⁵² José María Roca Martínez, *op. cit.*, página 165: «Por lo que se refiere al arbitraje de derecho, se ha dicho, con acierto, que fallar con arreglo a derecho significa fallar con arreglo

De ese modo, el acuerdo sobre un arbitraje para la determinación definitiva de un tributo y hasta, llegado el momento de desarrollar ese concepto jurídico filosófico, para el control de la legalidad de la actividad administrativa tributaria, sería conforme a derecho, y se respetaría el principio de legalidad tratándose de árbitros de derecho³³ (únicos que en nuestro concepto podrían actuar en esta materia tributaria). Es más, la recaudación no sería menor a la que generaría un acto realmente unilateral, sometido exclusivamente al control del juez, pero sí podría ser más rápida y menos costosa. ¿Dónde se aseguraría más la tutela del interés público...del orden público?. Evidentemente, a través de la jurisdicción arbitral.

Ahora bien, hablando de interés público, debe recordarse que los autores clásicos tomaron el artículo 6 del Código Civil, que consagra la imposibilidad de celebrar convenios contrarios al orden público, como justificación explicativa del argumento de supuesta ilicitud de las transacciones tributarias, por violación del principio de indisponibilidad del crédito tributario, ya analizado. No obstante, nos parece que siendo el Legislador quien define, por antonomasia, el interés público y el orden público nacional, en ausencia de norma constitucional restrictiva al respecto, nada le impide que regule procedimientos contentivos de medios alternativos para la solución de conflictos administrativos, frente a los cuales no podría alegarse la aplicación en contrario de dicho artículo 6 del Código Civil.

Por tanto, el verdadero alcance de este principio de indisponibilidad del crédito tributario³⁴ se circunscribiría únicamente a la prohibición de disponer de dicho crédito tributario, en cabeza de la Administración Tributaria, salvo previsión legal en contrario.

al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, y como la Constitución es la norma suprema de éste, los árbitros deben fallar en conformidad a la Constitución».

³³ Los autores clásicos emplearon argumentos que no tienen real asidero jurídico, sino meramente ideológico, en nuestro concepto, como el de que «es absolutamente inadmisibles la posibilidad de transacción por lo que respecta a la validez o invalidez de un acto administrativo, porque sólo corresponde a los órganos competentes del Poder Público la revisión de la legalidad de los actos emanados de la autoridad» (Gabriel Ruán Santos, op. cit., página 93). Opinamos que, éticamente (con independencia de los alegatos jurídicos que ya han sido expresados en este trabajo), tal argumentación sólo podría sostenerse frente a un Poder Judicial eficiente y expedito, que hiciese una realidad el derecho a la tutela judicial efectiva.

³⁴ José Andrés Octavio, op. cit., p. 29: En una variante de nuestro discurso, pero conclusiva en los términos fundamentales, el doctor Octavio afirma que: «Estamos enteramente de acuerdo con la tesis según la cual la obligación tributaria es indisponible, pero tal como lo



El autor español Ramón Falcón y Tella⁵⁵ señala que:

«la indisponibilidad del crédito tributario no impide a la Administración someterse a arbitraje, sino que únicamente exige que sea el legislador el que defina con suficiente precisión los supuestos y el alcance de este mecanismo de solución de conflictos».

IV. LA REALIDAD DE LA ACTUACIÓN CONVENCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN.

Es de poner de relieve que la Administración Pública y particularmente la Ambiental⁵⁶ y la Tributaria, en todos los países y Venezuela no es la excepción, goza de una amplia y cierta potestad negociadora «informal»⁵⁷, pero no por ello menos efectiva o carente de contenido real.

De este modo, concretándonos al aspecto tributario, se observa que:

«...en el actual proceso de gestión de los tributos la Inspección goza, de hecho y de derecho, ya que a la propuesta de la inspección puede responder la conformidad del contribuyente, de un amplio margen

hemos indicado en los párrafos inmediatamente anteriores, la transacción prevista en el Código no implica un acto de disposición del crédito tributario, sino que es una especie de procedimiento determinativo extraordinario, que frente a la discrepancia sobre elementos de hecho que ha dado lugar a la controversia, autoriza a fijar esos elementos por acuerdo transaccional, a fin de determinar sobre ellos la obligación tributaria...».

⁵⁵ Op. cit., páginas 259 y 260.

⁵⁶ Como ocurre con los procedimientos de adecuación, constitutivos de verdaderos procesos convencionales de oferta-aceptación (actividad convencional particularmente dirigida a excluir la represión penal y la administrativa) y los convenios de internalización del costo ambiental, previstos en el Decreto N° 638 del 26 de abril de 1995 («Normas sobre calidad del aire y control de la contaminación atmosférica»), en el Decreto N° 883 del 11 de octubre de 1995 («Normas para la clasificación y el control de la calidad de los cuerpos de agua y vertidos o efluentes líquidos») y en el Decreto N° 2.635 del 22 de julio de 1998 («Normas para el control de la recuperación de materiales peligrosos y el manejo de desechos peligrosos»).

⁵⁷ Antonia Agulló Agüero, «La Introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992», página 187: «Partiendo de que el procedimiento es una garantía, se trata de incluir en el procedimiento las negociaciones que hoy día se producen al margen del mismo».

Francisco Delgado Piqueras, op. cit., página 156: «parece a todas luces conveniente hacer emerger la contractualidad administrativa oficiosa a la superficie de la realidad jurídica, hacerla transparente y legítima»; páginas 165 y 166: la procedimentalización de la contractualidad administrativa y ... la contractualización del procedimiento administrativo».

para hacer propuestas de liquidación a los contribuyentes que si son aceptadas por éstos, en ocasiones, pueden variar en sus términos y no ir acompañadas de sanción y que, si no son aceptadas por éstos, sí pueden ir acompañadas de sanción»⁵⁸.

Estos pactos, acuerdos o convenios, de contenido compositivo o auto-compositivo, transaccional o arbitral, en cualquier circunstancia, tratándose de contratos donde el consentimiento no está viciado⁵⁹, ni son ilícitos sus objetos⁶⁰ ni sus causas⁶¹, están amparados por el conocido principio «pacta sunt servanda», como lo ha admitido el Tribunal Financiero Federal de Alemania, por lo que gozan de eficacia vinculante en función del principio general de derecho de buena fe⁶² o de confianza legítima, que por lo demás exige que las obligaciones sean cumplidas tal cual como hayan sido contraídas⁶³, por supuesto, sin desmedro del interés o del orden público⁶⁴.

Indudablemente, resulta un doble discurso contradictorio, incoherente e incongruente que, por un lado, se hable del pretendido imperio absoluto del principio de indisponibilidad del crédito tributario, por la Administración Tributaria, como impedimento de la transacción y del arbitraje, y que, por el otro lado, se

⁵⁸ José Juan Ferreiro Lapatz, «Arbitraje sobre Relaciones Tributarias», página 264.

⁵⁹ Artículos 1.146 al 1.154 del Código Civil.

⁶⁰ Artículo 1.155 del Código Civil: «El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable».

⁶¹ Artículo 1.157 del Código Civil: «La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto.

La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público».

⁶² Francisco Delgado Piqueras, op. cit., página 36: «el valor vinculante de este acuerdo vendría del principio «pacta sunt servanda» y no requeriría de una norma habilitante».

Roman Seer, «Contratos, Transacciones y otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán», página 148.

Artículo 1.160 del Código Civil: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley».

⁶³ Artículo 1.264 del Código Civil: «Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención».

⁶⁴ Jesús González Pérez, «El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo», página 69: «La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea



permita que los funcionarios fiscales actuantes puedan hacer propuestas sobre los términos de las liquidaciones tributarias, entrando abiertamente en negociaciones sobre los contenidos y montos de la deuda tributaria y sus accesorios, con los contribuyentes⁶⁵, incluso con apoyo legal, como ocurre indirecta o implícitamente (y a la práctica administrativa nos remitimos) con el artículo 145⁶⁶ del Código Orgánico Tributario, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 149⁶⁷ «eiusdem», y el levantamiento y eventual allanamiento, por parte del contribuyente, al contenido de las Actas Fiscales.

Se sostiene que el arbitraje, como idénticamente otras figuras alternativas de solución de conflictos, como la transacción, no debe versar sobre hechos suficientemente descubiertos, comprobados y establecidos por la Administración Tributaria o sobre cuestiones jurídicas donde haya certeza, por razones obvias, ligadas al hecho de que no habría allí debate o contestación alguna.

Pero, también se afirma, y esa es la justificación de la conceptualización de la denominada administración concertada o consensuada en la materia, que el contribuyente, así como debe poder negociar una transacción, debe siempre

necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa...».

⁶⁵ Juan Zornoza Pérez, op. cit., página 166: «Se trata pues, únicamente, de abrir una línea de reflexión...que permita explicar en términos jurídicos el funcionamiento de nuestro sistema tributario real, que en absoluto es ajeno a los pactos, convenios o acuerdos de voluntades; rompiendo así con esa especie de «hipocresía tributaria» en que nos hemos instalado frente a un fenómeno que el derecho positivo no reconoce, la doctrina crítica y la realidad muestra como práctica cotidiana».

Giuliani Fonrouge, «Derecho Financiero», página 501: califica como «determinación mixta» la «acción coordinada del fisco y del contribuyente», para la fijación del crédito tributario.

⁶⁶ Artículo 145 del Código Orgánico Tributario: «En el Acta que se levante se deberá emplazar al contribuyente o responsable para que proceda a presentar la declaración omitida o rectificar la presentada, y pagar el impuesto resultante, con actualización monetaria e intereses compensatorios, y la multa correspondiente al diez por ciento (10%) del tributo omitido, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada dicha Acta».

⁶⁷ Párrafo segundo del artículo 149 del Código Orgánico Tributario: «En los casos que el contribuyente o responsable admite en forma expresa el contenido del Acta, no se abrirá el sumario. En este caso la Administración emitirá inmediatamente la resolución correspondiente».

tener derecho a una solución arbitral cuando exista incertidumbre sobre los hechos, y no sea posible, en ejecución del principio de investigación de la verdad real y del principio de oficialidad que ilustran nuestro procedimiento administrativo⁶⁸, precisarlos o resulte desproporcionadamente costoso o largo hacerlo; cuando se aplique una presunción; cuando se emplee un concepto jurídico indeterminado; y, cuando se utilice la estimación indirecta⁶⁹ o determinación sobre base presuntiva.

Ahora bien, estando dispuesto que la transacción es posible sólo sobre los hechos, como lo indica el artículo 57 del Código Orgánico Tributario («La transacción judicial⁷⁰ es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable»), veamos qué ocurre si la incertidumbre recae sobre el derecho, caso en el cual, aunque mediando un razonamiento complementario, tendría que proceder la transacción y, por ello, el arbitraje.

Así, es verdad que el referido artículo 57 del Código Orgánico Tributario limita la posibilidad de transigir a las cuestiones fácticas, dejando de lado, al menos en apariencia, a las cuestiones jurídicas, pues las cuestiones de hecho y las de derecho presentan una interdependencia que:

«se manifiesta claramente en el problema de la valoración de los hechos tributarios, donde la fijación de los hechos y la aplicación del derecho se entremezclan y transforman el uno en el otro de forma incontingente»⁷¹. Además, «todo acuerdo sobre hechos relevantes para la imposición influye en la cuantía de la obligación tributaria, por lo

⁶⁸ Artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: «La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites».

Artículo 112 del Código Orgánico Tributario: «La Administración Tributaria dispondrá de amplias facultades de fiscalización e investigación de todo lo relativo a la aplicación de las leyes tributarias...».

⁶⁹ José Juan Ferreiro Lapatza, op. cit., página 265.

⁷⁰ Siendo judicial el único supuesto de transacción que regula el Código Orgánico Tributario, es evidente que sólo puede servir para terminar un litigio pendiente, en los términos del Artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, y no para precaver, al menos formalmente, un litigio eventual, por lo que la transacción tributaria tiene un radio de acción más reducido al contemplado en el Artículo 1.713 del Código Civil.

⁷¹ Roman Seer, op. cit., página 143.



que la negociación sobre el tratamiento de un hecho representa necesariamente un acuerdo parcial sobre el crédito tributario»⁷².

Efectivamente, la incertidumbre que puede legítimamente derivarse tanto del ejercicio de potestades discrecionales, como del avalúo de bienes y de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados⁷³ (como los de «normalidad» y «necesidad» del gasto, «artículos menudos de uso doméstico», «consumidor final», «valor de mercado», etc.), comunes en nuestras normas legales tributarias, es susceptible de poner en peligro la integridad de principios esenciales, de raigambre constitucional, como el de la seguridad jurídica, el de la certeza tributaria y el de igualdad, *«que afectan por igual al acreedor y al deudor del tributo, no habiendo, a estos efectos, razón suficiente para que sea el acreedor el que despeje unilateralmente dicha incertidumbre en lugar de hacerlo conjuntamente con el deudor a través de un negocio de fijación»⁷⁴* o en ejecución de un laudo arbitral.

Lo anterior se refuerza cuando se toma en cuenta que los artículos 6 y 7 del Código Orgánico Tributario admiten que las normas tributarias sean interpretadas

María Luisa González-Cuéllar Serrano, op. cit., páginas 78 y 79: «...La mayoría de ejemplos a este respecto se encuentran en los problemas de calificación de los hechos en orden a su inserción en el presupuesto de hecho del tributo y en las valoraciones de los bienes objeto de la obligación fiscal. Desde el primer punto de vista, la elaboración legislativa del hecho imponible manifiesta en muchas ocasiones una gran vaguedad en los términos, que requiere un proceso de calificación de los concretos hechos... Por lo que se refiere a la valoración de los elementos configuradores de la base imponible, es, sin duda, el ámbito donde se plantean más incertidumbres, como consecuencia del grado de indeterminación con que son definidas...».

María Luisa González-Cuéllar Serrano, op. cit., página 123: «...la dificultad de diferenciar entre las cuestiones de hecho y las de derecho es todavía mayor en el ámbito tributario, dentro del cual se muestra claramente en la valoración de los hechos imponibles donde la fijación de los hechos y la aplicación del Derecho se entremezclan. Este es el caso de los gastos deducibles, respecto a los cuales constituye una cuestión fáctica su existencia o su cotización y una cuestión jurídica su consideración como partida deducible».

⁷² Roman Seer, op. cit., página 152.

⁷³ Carmen Botella García-Lastra, «La Finalización Convencional de los Procedimientos Tributarios y otras Técnicas Transaccionales para la Resolución de Conflictos», página 202: «...tanto en el procedimiento de determinación de la base imponible, como en el de comprobación de valores por la Administración, se utilizan, con frecuencia, conceptos jurídicos indeterminados, no definidos con absoluta precisión en las leyes y que encierran un cierto grado de relatividad, puesto que no pueden ser definidos con absoluta certeza y, en muchos casos, pueden ser objeto de criterios diversos».

⁷⁴ Juan Ramallo Massanet, «La Eficacia de la Voluntad de las Partes en las Obligaciones Tributarias», página 245.

con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos, y emplearse la analogía.

Claro que podría someterse el asunto al juez, pero, en ese caso, se comprometería gravemente el disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva, así como el principio de eficacia administrativa, ambos de raigambre constitucional.

V. REGULACIÓN LEGAL DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

De todo cuanto precede, hemos concluido en la posibilidad conceptual del arbitraje en derecho público, siempre que exista previsión legal al efecto.

Lo anterior no es de extrañar, ni significa una especificidad del derecho administrativo y con él del derecho tributario, puesto que, en cualquier materia o rama jurídica, para privar al juez de su jurisdicción, es decir, para excluir la jurisdicción estatal, debe haber norma legal que lo establezca. El arbitraje debe ser una institución de fuente legal (aunque se concrete en un acuerdo de voluntades entre las partes en conflicto).

Además, en nuestra materia y para salvaguardar el principio de legalidad, no debe existir norma legal alguna que prohíba el uso del arbitraje.

Con estas premisas, analicemos la legislación venezolana en este particular.

Ante todo, debemos poner de relieve que la ley adjetiva general es supletoriamente aplicable al ámbito público, por disposición expresa y concordante del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala que: «Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte», y del artículo 223 del Código Orgánico Tributario, que establece que: «En lo no previsto en este Título (se alude al Título V, «Procedimientos Contenciosos»), y en cuanto sea aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil»⁷⁵.

⁷⁵ Allan Brewer Carías, «Los Principios de Legalidad y Eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina», página 44, destaca que el principio de informalismo y el principio de flexibilización de la acción administrativa se opondrían a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil. No obstante, pensamos que, precisamente por ese carácter informal y flexible del procedimiento administrativo, es que se justificaría la aplicabilidad de los medios alternativos de solución de conflictos que



Ahora bien, siendo conceptualmente aplicable el arbitraje en la materia de estudio, tenemos que la regulación genérica sobre la institución arbitral, contenida en el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, permite que se sometan a arbitraje todas las controversias, con excepción sólo de aquellas sobre estado, divorcio o separación de los cónyuges o en las que no quepa transacción. Veamos:

«Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción.

Si estuvieren ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento.

Si no estuvieren en juicio, las partes establecerán el compromiso arbitral por instrumento auténtico, en el cual conste todo cuanto expresa este Artículo.

En todo caso de compromiso, la aceptación de los árbitros y la constitución del Tribunal arbitral se hará ante el Juez que se menciona en el Artículo 628».

Concretándonos a la materia tributaria, obviamente ésta no se encuentra exceptuada de la aplicación de esta institución procesal, toda vez que, como ha quedado aquí previamente demostrado, el crédito tributario puede someterse a transacción, precisamente por ser disponible, en los términos de ley (nos referimos en concreto a los ya comentados artículos 57 y 58 del Código Orgánico Tributario).

Por otro lado, y si aún pudiese quedar alguna duda al respecto, es el caso que nuestro derecho positivo es explícito en el punto, al prever que quienes están llamados a ejercer la representación legal del Fisco Nacional, están legalmente autorizados para comprometer en árbitros, en las condiciones determinadas por la ley y sin exclusión de la materia tributaria. En efecto, el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República dispone que: «Los

prevé dicho Código. De lo contrario, donde encontramos un espíritu realmente formalista y rígido, es en la idea de la exclusión de la ley general adjetiva, para insistir en procedimientos ineficaces sin posibilidades de vías alternativas.

funcionarios a que se refiere el artículo 41 de esta Ley (se alude al Procurador General de la República, los Directores, Adjuntos y Auxiliares) no podrán convenir, desistir, transigir ni comprometer en árbitros, sin la previa autorización por escrito del órgano competente del Ejecutivo Nacional». Obviamente, cumplidas tales formalidades, se puede comprometer en árbitros los conflictos vinculados con la relación jurídica tributaria.

Ahora bien, a la luz de las nociones anteriormente analizadas y si la regulación en este campo se limitara a la citada norma del artículo 41 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con los dispositivos de los artículos 608 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, tendríamos que admitir dos premisas en derecho tributario, a saber: que la institución arbitral sería siempre procedente; y, que habría de ser siempre de derecho.

No obstante, al menos con tal amplitud, desgraciadamente ésta no es la situación actual. Pero ello no debe imputarse a razones conceptuales jurídicas, sino a posturas de orientación política o filosófica ya revisadas, que determinaron que el Legislador asumiera, aunque afortunadamente de manera parcial, las comentadas ideas de los autores clásicos.

Así, los mencionados dispositivos de los artículos 7 y 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en su tiempo, y ahora del artículo 57 del Código Orgánico Tributario, al consagrar limitaciones al empleo de la figura de la transacción impositiva (sólo en fase judicial y únicamente sobre los hechos), redujeron significativamente el radio de acción del arbitraje en derecho tributario, dada la dependencia vista en su regulación legal, entre ambas instituciones.

En este orden de ideas, y por razones que estimamos evidentes, consideramos que podría válidamente sostenerse la inconstitucionalidad parcial del artículo 57 del Código Orgánico Tributario, por entabrar y menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues, al no poderse emplear la transacción para cuestiones jurídicas, no sería procedente un arbitraje sobre el control de legalidad de los actos administrativos liquidatorios, lo cual no está prohibido por la Constitución.

Así, el contribuyente o responsable (administrado) podría verse preso de la necesidad de esperar, indefinidamente, por un pronunciamiento judicial sobre la impugnación del acto administrativo cuya legalidad haya sido por él cuestionada, viendo gravemente afectado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, agravado ello por no poder acudir, en esa fase y por ese motivo (cuestión de derecho: control de legalidad), a un medio alternativo de solución de conflictos.



Por supuesto, todo esto es sin perjuicio de la posibilidad de arbitrar las cuestiones fácticas, aunque con sus estrechas vinculaciones con los aspectos jurídicos, por poderse someter a transacción, sobre lo cual no puede haber dudas.

Llegados a este punto, refirámonos ahora a la nueva Ley de Arbitraje Comercial. El encabezamiento del artículo 3 de esta Ley expresa que: «Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir».

Con este dispositivo, aisladamente considerado, podría válidamente sostenerse que el razonamiento anterior, sobre la procedencia parcial del arbitraje en materia tributaria, no sufriría modificación alguna, a raíz de la entrada en vigencia de este texto legal, por razones obvias.

No obstante, debe tenerse presente que este conjunto normativo no está llamado a regular el arbitraje en controversias vinculadas con el derecho público. Ello se desprende de dos factores. El primero es el nombre de la Ley («de Arbitraje Comercial»), y el segundo es el contenido mandatorio de su artículo 1: «Esta Ley se aplicará al arbitraje comercial».

En este sentido, en nuestro concepto resulta totalmente superfluo que el artículo 3, literal b, «eiusdem» disponga que:

«Quedan exceptuadas las controversias: ...

b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; ...».

Efectivamente, esta previsión no añade nada distinto al texto legal que, estando destinado al arbitraje exclusivamente comercial, según su nombre y artículo 1, no puede ser aplicable a asuntos de derecho público, desprovistos de todo aspecto comercial. Tanto es así, que la eliminación de esta excepción no traería como consecuencia la sumisión de tales asuntos al imperio de esta Ley.

VI. CONCLUSIÓN:

PROCEDENCIA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN EL FUTURO, EN EL DERECHO PÚBLICO.

En primer lugar, es menester proceder a una aplicación normal, sistemática, cotidiana y eficaz del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que consagra expresamente la procedencia de la conciliación, de la transacción y del arbitraje en todo el ámbito del derecho administrativo general, pudiendo pensarse en una reforma legal que atenúe lo gravoso de los requisitos formales que allí se exigen.

En segundo lugar, en cuanto concierne específicamente al campo tributario, se requiere una intervención legislativa que elimine el carácter restringido de la transacción en su actual regulación legal, extendiéndola al ámbito extrajudicial⁷⁶ y a los aspectos o cuestiones de derecho, para que, con la supletoria aplicación de los dispositivos pertinentes del Código de Procedimiento Civil, sea realidad un arbitraje (y con ello también una transacción) pleno en derecho tributario. Evidentemente, podría encararse una reforma legal más amplia, que previese un arbitraje especial en este campo, ajustado a sus requerimientos prácticos y especificidades teóricas. Pero, por lo pronto, consideramos que bastaría ese sencillo, pero trascendente y oportuno, retoque del artículo 57 del Código Orgánico Tributario.

Dichas aplicaciones o intervenciones legislativas se cimentarían sobre las siguientes bases.

La institución arbitral es conceptualmente posible en derecho público y especialmente administrativo y tributario, como ha quedado aquí demostrado. No existe, en nuestro régimen constitucional, una prohibición absoluta para transigir.

Además, su presupuesto fáctico, como medio alternativo de solución de conflictos, está presente. Un Poder Judicial, encarnado en algunos pocos Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo o de lo Contencioso Tributario, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que, según los casos, conocen

⁷⁶ Cabe destacar que el Código Tributario Modelo para América Latina de O.E.A.-B.I.D., no establece esa limitación al ámbito judicial.



en primera o única instancia o como tribunales de alzada, completamente saturado, en donde las decisiones definitivas suelen medirse en años.

Por otro lado, específicamente en la materia tributaria, ciertamente, la interposición del recurso contencioso tributario, como la del recurso jerárquico, aparejan la suspensión automática de efectos del acto administrativo liquidatorio impugnado⁷⁷. Pero, muchas veces, ello no basta como garantía de la tutela judicial efectiva. No se obtienen las solvencias ni otras constancias; deben ejercerse amparos tributarios y hasta amparos constitucionales; se reproducen y multiplican los mismos motivos de reparo, ejercicio fiscal tras ejercicio fiscal, atiborrándose a los tribunales y produciéndose el dispendio de la actividad judicial, etc. Esta situación no hace más que agravarse en el campo administrativo general, donde ni siquiera hay suspensión automática de efectos de los actos administrativos impugnados, por efecto del ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad o de los recursos administrativos (de reconsideración o jerárquico).

Además, se hace peligrar o se afecta efectivamente el interés público, puesto que, en la materia tributaria, la recaudación impositiva se difiere indefinidamente en el tiempo, sin que la actualización monetaria, vigente apenas desde 1994, sea un aliciente serio y siempre satisfactorio. Por su parte en el campo administrativo general, si bien es cierto que los actos administrativos, en principio, se ejecutan a pesar de haber sido impugnados, ello no quiere decir que se haya satisfecho el interés público, puesto que ocurre que llegada la toma de la decisión, judicial o administrativa, si es anulatoria o revocatoria, precisamente por encontrar al acto objetado como contrario a derecho, se comprometerá la responsabilidad patrimonial de la persona pública, dando cabida a nuevos procedimientos y procesos, causando un mayor dispendio de actividad administrativa y judicial, indefectiblemente reñido con el interés público.

En este escenario presente y que, si no hay cambios normativos como los aquí sugeridos, se agravará en el futuro, la jurisdicción arbitral podría asegurar el clamor de justicia (tanto del administrado como de la Administración Pública) con rapidez y eficacia, controlando la legalidad de los actos administrativos en general y particularmente de los liquidatorios, a través únicamente de árbitros de derecho, y propendiendo a una satisfacción más apropiada del interés público

⁷⁷ Artículo 173 del Código Orgánico Tributario: «La interposición del Recurso suspende la ejecución del acto recurrido». (Jerárquico).

Artículo 189 «eiusdem»: «La interposición del Recurso suspende la ejecución del acto recurrido». (Contencioso tributario).

y, en concreto, a una actividad administrativa (por ejemplo, la recaudatoria) más ajustada a la ley, oportuna y consentida, legal y legítima. Asimismo, los árbitros dispondrían de un poder cautelar general e innominado que, entre otras cosas, les permitiría suspender los efectos de los actos administrativos impugnados.

En definitiva, se satisfaría el disfrute cierto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y se privilegiaría el principio, también constitucional, de eficacia administrativa⁷⁸.

Concluamos, con el autor español Ramón Falcón y Tella⁷⁹, en que:

«Nada se opone a que este tipo de soluciones, más ágiles que las judiciales, se vaya extendiendo progresivamente, lo que contribuiría a reducir la litigiosidad y a descargar a los Tribunales, con el consiguiente beneficio para todos; incluso para el interés recaudatorio al que nada favorece un largo proceso durante el cual la ejecución se encuentra suspendida. El Derecho público no tiene por qué ir a la zaga del privado en estas cuestiones, pues la potenciación de soluciones transaccionales y arbitrales tampoco vulnera las exigencias de la reserva de ley, en la medida en que los árbitros resuelvan en Derecho. Se trata simplemente de un procedimiento distinto al judicial, de una alternativa digna de tenerse en cuenta, que no conduce necesariamente a bases o hechos imposables «alternativos» a los definidos legalmente, siempre que la decisión se adopte en Derecho y no sólo sobre un fundamento de equidad».

⁷⁸ Juan Antonio Garde Roca, presentación del libro «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, página 14: «Las técnicas convencionales y arbitrales pueden contribuir a potenciar el equilibrio entre las facultades de la Administración Tributaria y los derechos-garantía del ciudadano».

⁷⁹ Op. cit., página 260.

**VII. BIBLIOGRAFÍA.**

- **Agulló Agüero, Antonia**, «La Introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 181 a 189.
- **Aragonés Beltrán, Emillo**, «Resolución de Recursos en el Ámbito Tributario Local: Autocontrol Jurídico y Vía Administrativa Previa», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 249 a 255.
- **Arrieta Martínez De Pisón, Juan**, «Las Actas de la Inspección de los Tributos», Estudios de Derecho Financiero y Tributario, Editorial Civitas, Madrid, 1994, 469 p.
- **Arrieta Martínez De Pisón, Juan**, «Finalización Convencional del Procedimiento Tributario», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 191 a 198.
- **Botella García-Lastra, Carmen**, «La Finalización Convencional de los Procedimientos Tributarios y Otras Técnicas Transaccionales para la Resolución de Conflictos», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 199 a 209.
- **Brewer-Carías, Allan-Randolph**, «Las Transacciones Fiscales y la Indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributarias», Revista de Derecho Tributario, N° 18, Caracas, 1967, pp. 1 a 36.
- **Brewer-Carías, Allan-Randolph**, «Los Principios de Legalidad y Eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina», Compilación de ponencias de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías»: «La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo», Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, noviembre 1998, pp. 19 a 90.
- **Contreras Quintero, Florencio**, «Disquisiciones Tributarias», Colección Justitia et Jus, N° 19, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Mérida, 1969, 341 p.

- **Delgado Piqueras, Francisco**, «La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo», Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, 226 p.
- **Falcón y Tella, Ramón**, «El Arbitraje Tributario», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 257 a 261.
- **Ferreiro Lapatza, José Juan**, «Arbitraje sobre Relaciones Tributarias», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 263 a 265.
- **Fonrouge, Giuliani**, «Derecho Financiero», Volumen I, 2ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1964, 611 p.
- **Fraga Pittaluga, Luís**, «El Arbitraje y la Transacción como Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos Administrativos», Compilación de ponencias de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer Carías»: «La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo», Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, noviembre 1998, pp.135 a 182.
- **Fromont, Michel**, «Les Modes Alternatifs de Règlement de Litiges. L'Exemple Allemand», AJDA, L'Actualité Juridique Droit Administratif «Modes Alternatifs de Règlement de Litiges», N° 1/1997, Paris, Janvier 1997, pp. 59 a 63.
- **González-Cuéllar Serrano, María Luisa**, «Los Procedimientos Tributarios: Su Terminación Transaccional», Editorial Colex, Madrid, 1998, 456 p.
- **González Pérez, Jesús**, «El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo», 2ª Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1989, 199 p.
- **González Pérez, Jesús**, «El Derecho a la Tutela Jurisdiccional», Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, 1989, 284 p.
- **González Pérez, Jesús**, «La Transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Revista de Administración Pública N° 145, Madrid, Enero-Abril 1998, pp. 7 a 28.



- **Jarrosson, Charles**, «L' Arbitrage en Droit Public», AJDA, L' Actualité Juridique Droit Administratif «Modes Alternatifs de Règlement de Litiges», N° 1/1.997, Paris, Janvier 1997, pp. 16 a 24.
- **Legislación Económica**, «Código Orgánico Tributario. Reforma 1994», Comentarios, Legislación Económica, C.A. (Lec), Caracas, 1992, 404 p.
- **Lyon-Caen, Arnaud**, «Sur la Transaction en Droit Administratif», AJDA, L' Actualité Juridique Droit Administratif «Modes Alternatifs de Règlement de Litiges», N° 1/1997, Paris, Janvier 1997, pp. 48 a 53.
- **Martínez Hornero, Javier**, «La Terminación Convencional en el Procedimiento de Inspección de los Tributos», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 211 a 218.
- **Moschetti, Francesco**, «Las Posibilidades de Acuerdo entre la Administración Financiera y el Contribuyente en el Ordenamiento Italiano», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 117 a 131.
- **Niño Villamar, Carlos**, «La Finalización Convencional de los Procedimientos Administrativos desde la Perspectiva del Ciudadano», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 87 a 95.
- **Octavio, José Andrés**, «La Transacción en el Código Orgánico Tributario», Revista de Control Fiscal N° 111, Contraloría General de la República, Caracas, 1983, pp. 21 a 31.
- **Parejo Alfonso, Luciano**, «El Artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre: el Pacto, Acuerdo, Convenio o Contrato en el Procedimiento Administrativo», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 21 a 76.
- **Ramallo Massanet, Juan**, «La Eficacia de la Voluntad de las Partes en las Obligaciones Tributarias», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 219 a 245.

- **Richer, Laurent**, «Les Modes Alternatifs de Règlement de Litiges et le Droit Administratif», AJDA, L'Actualité Juridique Droit Administratif «Modes Alternatifs de Règlement de Litiges», N° 1/1997, Paris, Janvier 1997, pp. 3 a 9.
- **Robert, Jean**, «Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé», Quatrième Édition, Librairie Dalloz, Paris, 1967, 660 p.
- **Roca Martínez, José María**, «Arbitraje e Instituciones Arbitrales», J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, 257 p.
- **Rosa Moreno, Juan**, «El Arbitraje Administrativo», Mc Graw Hill, Madrid, 1998, 138 p.
- **Ruán Santos, Gabriel**, «Comentarios sobre la Aplicabilidad del Instituto de la Transacción a la Actividad de la Administración Pública», Revista de Derecho Público N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 89 a 98.
- **Sánchez Morón, Miguel**, «La Terminación Convencional de los Procedimientos Administrativos», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 77 a 85.
- **Seer, Roman**, «Contratos, Transacciones y Otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 133 a 159.
- **Zornoza Pérez, Juan**, «¿Qué Podemos Aprender de las Experiencias Comparadas? Admisibilidad de los Convenios, Acuerdos y Otras Técnicas Transaccionales en el Derecho Tributario Español», en «Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario», Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 161 a 178.

**COMENTARIOS SOBRE EL SILENCIO
ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO
VENEZOLANO**

Luis A. Ortiz-Alvarez

COMENTARIOS SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO VENEZOLANO

Luis A. Ortiz-Alvarez

Profesor de postgrado de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela
Universidad Católica Andrés Bello
Universidad Católica del Táchira

En el campo del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo el silencio administrativo puede parecer, *prima facie*, un tema sobre el cual poco nuevo haya que decir. Ello, por una parte, considerando la existencia de numerosos trabajos de la doctrina nacional y comparada sobre el particular y, por otra parte, la presencia de una amplia jurisprudencia aparentemente bien consolidada, la cual se ha encargado ya de explicar el alcance de las normas que expresamente lo establecen. Sin embargo, aunque puede extrañar, mucho –incluso con carácter innovador y crítico– es posible decir sobre la institución del silencio administrativo, particularmente si se trata de revisar el sistema venezolano.

En efecto, como resultado de cualquier cuidadoso análisis sobre el tema, y especialmente si el mismo se realiza desde una perspectiva moderna –que, como tal, encuentre conexión constitucional y, además, mire hacia el Derecho comparado–, es posible detectar que en algunos aspectos el silencio administrativo ha sido entendido de manera inadecuada. Asimismo, es posible observar múltiples problemas sobre los que, simplemente, no se ha presentado ninguna solución o aclaratoria jurisprudencial. En fin, aunque esto sea un movimiento –digno de seguir– más propio del derecho extranjero, actualmente existen nuevas tendencias que intentan dar un vuelco general –del negativo al positivo– en materia de silencio administrativo, a lo cual se suma la nueva concepción –de obligatorias a opcionales– que parece está destinada a aplicarse sobre las llamadas vías administrativas.

Dentro de este contexto, nos disponemos a realizar unas muy breves notas sobre el silencio administrativo en Venezuela –con especial énfasis en el silencio negativo–, para lo cual, primeramente, haremos una presentación de la situación legislativa y jurisprudencial actual de la institución (I). En segundo lugar, expondremos algunas consideraciones sobre lo que en nuestro criterio debe ser el correcto entendimiento y la renovación del silencio administrativo bajo el marco de nuestro ordenamiento jurídico actual (II), luego de lo cual haremos algunas reflexiones finales.

I.- SITUACIÓN ACTUAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANAS

1.- *Normativa actual reguladora del silencio administrativo*

Para atenernos a una revisión de la época reciente, nos encontramos que el silencio administrativo fue inicialmente consagrado, de manera generalizada y al lado de algunas previsiones particulares¹, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, cuyo artículo 134 (hoy artículo 21 aparte 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), luego de referirse a la posibilidad de impugnar en cualquier tiempo los recursos contra actos de efectos generales y a la limitación –de caducidad– respecto a los recursos contra los actos de efectos particulares los cuales solamente podrán interponerse dentro de un lapso de 6 meses, expresamente previó lo siguiente:

«El interesado podrá interponer el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley², dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo».

Posteriormente, y de manera más técnica y general, el silencio administrativo (esta vez con efectos expresamente negativos) fue establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo de 1981, cuyo artículo 4 textualmente señala lo siguiente:

«En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente, y el interesado podrá interponer el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a

¹ Como, por ejemplo, la relativa al llamado «antejuicio administrativo» o procedimiento administrativo previo en las demandas contra la República, previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965 en los artículos 30 y ss. Así, de conformidad con el artículo 34 de esta Ley, vencidos los lapsos previstos (que sumados entre la actividad que debe realizar la Procuraduría y el Ministerio son 53 días hábiles) contados desde la fecha de presentación del escrito respectivo, sin haberse notificado al reclamante el resultado de su presentación, «quedará este facultado para acudir a la vía judicial». Sobre el alcance de estos preceptos y su interpretación jurisprudencial, vid. Luis A. Ortiz-Alvarez, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, EJV-Funeda, Caracas, 1997, pp. 681 y ss.

² Se refiere al recurso frente actos administrativos de efectos particulares.



sus personeros, de las responsabilidades que les sean imputables por la omisión o la demora».

Además de las previsiones contenidas en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo, normas (esencialmente relativas al *silencio negativo*) a las cuales la doctrina ha dedicado importantes estudios donde debemos destacar los del profesor Brewer-Carías³, tenemos igualmente algunas previsiones particulares relacionadas con el *silencio positivo*. Así, en primer lugar, debe destacarse la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOOT) de 1984, la cual ha establecido un sistema de silencio positivo en materia de aprobaciones y autorizaciones de planes públicos y privados que impliquen ocupación del territorio, tal como se prevé en los artículos 54 y 55 de dicha Ley⁴. En segundo lugar, el silencio positivo ha hecho incursión en el campo de acción de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU) de 1987⁵, en donde el mismo tiene operatividad en materia de recepción de obras y servicios destinadas al dominio público al término de las obras de edificación y urbanización (art. 98), así como también (por aplicación supletoria de la LOOT, remisión contenida en el artículo 119 de la LOOU) en materia de control de ejecución de los proyectos de Urbanismo y construcción, lo que está desarrollado en los artículos 84 y siguientes de la Ley, aplicación supletoria defendida –con indiscutible razón y conveniencia– por la mayoría de la doctrina y que ha encontrado expreso apoyo en la jurisprudencia, bien que todavía quedan algunos doctrinarios que postulan una solución contraria⁶. Esta bienvenida aplicación supletoria del silencio positivo, por lo demás, también debe predicarse en lo que

³ Vid., recogiendo y actualizando varios de sus estudios, el tratamiento completo del tema en Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo VII Justicia Contencioso-Administrativa*, EJV-UCAT, Caracas, 1997, pp. 151 y ss. Asimismo, véanse los trabajos citados *infra* en la nota de pie de página num. 12

⁴ Vid. Allan R. Brewer-Carías, «El régimen del urbanismo en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio», en *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, EJV, Caracas, 1984; R.J. Duque Corredor, «La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y el Urbanismo Municipal», en *RDP*, núm. 18, 1984; Humberto Romero-Muci, «El efecto positivo del silencio administrativo en el derecho urbanístico venezolano», en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, EJV, Caracas, 1988, pp. 152 y ss.

⁵ Por todos, aunque quepa destacar que el campo de la aplicación supletoria del silencio positivo de la LOOT a la LOOU puede ser aun más amplio que el propuesto por este autor, Humberto Romero-Muci, «El efecto positivo del silencio administrativo en el derecho urbanístico venezolano», *loc. cit.*, pp. 137 y ss.

⁶ Entre otros, Juan Garrido Rovira, *Ordenación urbanística*, Caracas, 1988, p. 158-159; está tesis restrictiva -ya desartada por la jurisprudencia como luego mencionaremos- también ha sido defendida por Armando Rodríguez, incluso en su reciente trabajo «El

respecta a la terminación y recepción de la obra, mecanismo necesario para la habitabilidad establecida en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística⁷.

Por otra parte, recientemente ha sido instaurado en el silencio positivo en el volátil campo electoral, y concretamente en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política⁸, bien que la figura se limitó al problema de la postulación de candidatos. Así, el artículo 147 de la Ley establece que «si el organismo electoral correspondiente no hiciera observación alguna a los diez (10) días de presentada se tendrá por admitida la postulación». Fuera de este específico supuesto, debe entenderse que el silencio administrativo en materia electoral tiene un efecto negativo, por lo que en principio son de aplicabilidad las reglas generales desarrolladas por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y por la jurisprudencia pertinente.

2.- Concepción (y evolución) jurisprudencial del silencio administrativo

Las normas anteriormente citadas han sido objeto de un importante tratamiento jurisprudencial, siendo bien conocidas algunas decisiones judiciales de principio que es menester mencionar, sin poder realizar por ahora una detallada y completa exposición de los antecedentes y amplios desarrollos contenidos en las decisiones, ello por razones de espacio y tiempo limitados inherentes al marco de las IV Jornadas para las cuales se ha preparado este trabajo. No obstante, y remitiendo a la revisión del texto completo o pertinente de las decisiones

silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos administrativos tácitos o presuntos», ponencia presentada en estas *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, y contenida en la primera versión del libro de las mismas, pp. 203 y ss.

- ⁷ En el mismo sentido se pronuncia Allan R. Brewer-Carías, «Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística», en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, EJV, Caracas, 1988, pp. 63-64.
- ⁸ Sancionada el 13 de noviembre de 1997 y publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del 30-12-1997, núm. 5200 –reimpresa por errores materiales en el mismo texto el 13-3-1998, núm. 5.219–, y parcialmente reformada en diciembre de 1998, G.O., núm. 5.233, del 28-5-1998, normativa que derogó a la Ley Orgánica del Sufragio de 1995. Vid. Daniela Urosa Maggi y José Ignacio Hernández G., *Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (Régimen jurídico de la actividad administrativa electoral)*, Funeda, Caracas, 1998, pp. 62-63; también Manuel Rachadell, «Régimen de los recursos en materia electoral», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 151 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *El régimen de los recursos administrativos y del contencioso electoral en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*, Funeda, Caracas, 1998.



correspondientes⁹, pasamos a realizar un apretado resumen de las concepciones allí contenidas sobre la figura del silencio administrativo.

En lo que respecta al *silencio negativo*, debemos comenzar destacando que inicialmente el mismo fue considerado como un *carga* para los particulares, en el sentido de que una vez vencidos los lapsos de decisión sin que la Administración hubiese emitido respuesta, el particular interesado «debía» utilizar la técnica del silencio para acceder a la instancia siguiente, y en caso de resolución tardía –sin que el particular hubiese utilizado el silencio administrativo– la misma no era susceptible de ser recurrida por supuestamente haber caducado los lapsos de impugnación. Esta fue la posición sostenida en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2-03-1978 (caso *Nestor José Cárdenas*), en donde se señaló lo siguiente:

«...el estudio de los autos evidencia que la prueba directa de tal hecho carece de relevancia a los efectos de decidir sobre la admisión del recurso en el presente juicio, puesto que si, como debiera presumirse en condiciones normales, el referido oficio llegó a manos de su destinatario a fines de agosto o a principios de septiembre de 1976, es obvio que para la fecha en que el recurso contencioso de anulación fue interpuesto, o sea, el 20 de diciembre de 1977, hacía ya tiempo -casi diez meses para ser precisos- que había transcurrido el lapso de caducidad establecido en el ordinal 9º del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal, la cual para la fecha del acto recurrido, era la ley aplicable *rationi temporis*; y si se admite que a principios del segundo trimestre de 1977 todavía el recurrente no sabía que su caso había sido decidido, la ley aplicable era la novísima Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo artículo 134 regula de manera general y por primera vez en nuestro país, los efectos del silencio de la Administración sobre la oportunidad en que puede ser intentado el recurso contencioso administrativo de anulación, al señalar con tal fin un lapso de seis meses, que empieza a correr al vencimiento de noventa días consecutivos, contados desde la fecha de interposición del recurso jerárquico, término que es a su vez el concedido por la ley a la Administración para decidir ese recurso.

En otras palabras, el artículo 134 impuso a la autoridad administrativa el deber de decidir el recurso jerárquico en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha en que el mismo sea interpuesto, a fin de que los interesados queden en libertad de impugnar el acto

⁹ Vid. Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz-Alvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, EJV, Caracas, 1996, pp. 724 y ss.; tamb. en Caterina Balasso Tejera, *Jurisprudencia sobre los actos administrativos*, EJV, Caracas, 1998, pp. 234 y ss.

cuestionado en sede jurisdiccional en el lapso de los seis meses siguientes, de no producirse la decisión administrativa correspondiente dentro del citado término. Esto significa que, a los fines previstos en el artículo 124 de la misma ley, debe entenderse agotada la vía administrativa no sólo cuando el Ministro decida el recurso jerárquico, sino también cuando no lo haga dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que haya sido interpuesto. Como consecuencia de ello a partir del 1° de abril de 1977 quedó abierta la vía jurisdiccional para todas las que en esa fecha tuvieran pendiente de decisión algún recurso en los Despachos del Ejecutivo.

Siendo así y dada la afirmación que hace el impugnante en el caso subjujice en el sentido de que el Ministro de Educación aún no había resuelto su apelación para la fecha en que la nueva ley entró en vigor, o sea, el 1° de enero de 1977, no se justifica que el término de noventa días a contar de esa fecha y dentro de los seis meses subsiguientes, no procediera a intentar demanda de nulidad ante este Alto Tribunal, cuando esa era la única vía legalmente posible, en tal hipótesis, para hacer valer sus derechos en sede jurisdiccional, con arreglo a las disposiciones de la ley actualmente en vigencia.

No siendo presumible la ignorancia de la ley, de ser cierto lo afirmado por el actor, su solicitud para el Ministro a fin de pedir que decidiera la apelación interpuesta por él en septiembre de 1975, carecería de objeto, a menos que su intención fuera, como en efecto parece haber sido dadas todas las circunstancias anotadas, lograr que dicho funcionario le informara nuevamente que el recurso había sido decidido y poder aducir que sólo en la fecha en que le fue suministrada tal información tuvo conocimiento de que la apelación había sido negada.

En relación con esa práctica, la Corte se ha pronunciado en otras oportunidades, cuando ha resultado manifiesto el propósito de provocar una contestación de la Administración mediante solicitud formal relacionada con un recurso administrativo interpuesto y resuelto muchos meses antes, para luego intentar un recurso contencioso de anulación que realmente ya había caducado.

Es cierto que la Administración propicia esta práctica viciosa al no adoptar un sistema efectivo y uniforme para notificar sus actos a quienes interesan de manera especial, pero ello no justifica que los órganos jurisdiccionales la fomenten también al admitir que los particulares prorroguen los lapsos de caducidad aprovechándose de esa circunstancia y del respeto que debe siempre merecer a los jueces el derecho de defensa.



Independientemente de estas últimas consideraciones, es pertinente observar que para que el agraviado por un acto administrativo pueda ocurrir a la vía jurisdiccional es indispensable antes que todo que tenga conocimiento del mismo o que habiendo interpuesto el correspondiente recurso jerárquico, éste no haya sido decidido en el término de ley.

A este último caso lógicamente debe equipararse el que tiene lugar cuando el superior jerárquico después de decidir el recurso no ha participado su decisión al agraviado dentro de dicho término.

La Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública fija al Ministro de Educación un término de noventa días para decidir las apelaciones de las personas a quienes el respectivo Colegio de Contadores niegue el derecho de inscripción, lapso que coincide con el establecido en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por tal motivo, en casos como éste, poca significación tiene a los efectos de decidir sobre la caducidad del recurso jurisdiccional que la negativa del recurso jerárquico no le hubiere sido notificada oportunamente al interesado, puesto que si por tal circunstancia éste estaba convencido de que su apelación no había sido todavía resuelta, debía acudir sin más trámites, a la vía judicial, dentro de los seis meses siguientes a la fecha límite entre ese lapso y el que tiene la Administración para decidir.

En tal virtud, el recurso que motiva estas consideraciones debía ser interpuesto, en el mejor de los casos antes del 1º de octubre de 1977, fecha en que venció el término de caducidad del recurso contencioso de anulación, en conformidad con lo dispuesto en el tantas veces citado artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por las razones expuestas, la Corte considera *extemporáneo*, y, por tanto *inadmisible* el recurso interpuesto y así lo declara en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley».

Esta extraña y discutible tesis jurisprudencial, que sería ratificada en otra conocida decisión de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28-11-1978 (caso *Charter Venezuela Petroleum Company*), no sólo era distinta a la solución en gran parte del Derecho comparado sino que además fue objeto de rápidas críticas de la doctrina nacional¹⁰, la cual destacaba que con esta interpretación

¹⁰ Así, Allan R. Brewer Carías, «Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso-administrativo de anulación», *Revista de Control Fiscal*, N° 96, CGR, Caracas, 1980, pp. 11-38.

restrictiva se estaba transformando un beneficio procesal en una carga para los particulares, a quienes el silencio administrativo más bien podía perjudicar cuando el verdadero sentido de la institución era beneficiarlos.

Como era de esperar, pronto se impuso un giro jurisprudencial en la materia, concretizado en la célebre sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22-06-1982 (caso *Ford Motors de Venezuela*), donde el Máximo Tribunal señalaba que se le presentaba en la especie una «nueva oportunidad de interpretar el sentido y alcance de la disposición contenida en el primer aparte del artículo 134 de la Ley que la rige», oportunidad que no se dejó pasar, como es ya historia. Veamos, pues, algunos ineludibles pasajes de esta sentencia:

«En el ordenamiento jurídico venezolano anterior a 1977, año en que entró en vigencia la Ley Orgánica de este Supremo Tribunal, no existía, en materia del contencioso-administrativo general de anulación, ninguna norma legislativa semejante a la que fue incorporada en dicho texto y que ahora se analiza.

Ahora bien, la inexistencia de una disposición concreta de este tipo, traía como consecuencia que, ante la exigencia de esta misma Corte del agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de anulación y la precisión jurisprudencial de que esa vía se agotaba con el recurso jerárquico, si intentado oportunamente dicho recurso no se producía la correspondiente decisión administrativa por cualquier causa (desidia, negligencia o mala fe de la autoridad correspondiente) el administrado se encontraba totalmente privado del ejercicio de dicho recurso, con el consiguiente menoscabo de sus derechos y quebrantamiento de la garantía constitucional del control jurisdiccional de la Administración Pública.

Esta situación constituía motivo constante de preocupación de los miembros de este Supremo Tribunal y particularmente de los de su Sala Político-Administrativa que frecuentemente se veían obligados a declarar inadmisibles recursos bien fundados contra la Administración, por falta de la decisión administrativa previa exigida. Por esta razón, incorporaron en el texto del anteproyecto de ley elaborado en esta misma Corte, la norma innovadora que se analiza y asentaron en el escrito de presentación de aquél enviado a la consideración de las Cámaras Legislativas, que con arreglo a dicha norma, el lapso de caducidad para interponer los recursos contencioso-administrativos seguía siendo de seis meses, pero que esos seis meses podían comenzar a contarse a partir de los tres meses siguientes a la fecha de interposición del correspondiente recurso administrativo si dentro de esos noventa días



el recurrente no había obtenido respuesta al mismo por parte de la respectiva autoridad administrativa, puntualizando asimismo que de esa forma «se atribuye efectos negativos al silencio de la Administración y queda abierta al interesado la vía contencioso-administrativa, *con lo cual se trata de hacer efectivos los derechos de los administrados ante la eventual desidia de la Administración*»; motivación que quedó posteriormente confirmada por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley, al expresar que con la regulación contenida en la misma «se evita que el silencio administrativo impida el oportuno ejercicio de la acción».

Pero esa norma, que en su concepción pareciera haber tenido intenciones claras y definidas, encuentra, como se ha visto, problemas de interpretación en su aplicación práctica. En efecto, ¿Se trata, como sostiene el apelante, de una prórroga de tres meses al lapso de caducidad de seis meses establecido genéricamente para intentar el recurso contencioso-administrativo de anulación? ¿O consiste, como afirma la empresa recurrente, en un mecanismo de efectos procesales para permitir al administrado la interposición de dicho recurso jurisdiccional cuando no se ha decidido expresamente el correspondiente recurso jerárquico ejercido en sede administrativa?

Referida al caso de autos, la respuesta afirmativa a la primera cuestión aparejaría la declaratoria de inadmisibilidad del recurso de nulidad propuesto ante la Corte, por haber sido intentado después de los nueve meses previstos en el artículo 134, o sea cuando la empresa recurrente obtuvo decisión expresa de la Administración acerca de su recurso jerárquico.

En tanto que, si se acoge la segunda hipótesis, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Ford Motors de Venezuela en el lapso de seis meses siguientes a la decisión de su recurso jerárquico resuelto tardíamente por la Administración, debe ser admitido, a pesar de no haber sido utilizado en su momento el supuesto legal del silencio administrativo.

La Sala, luego de un detenido análisis sobre la problemática suscitada, se inclina por acoger la segunda fórmula planteada, modificando así el criterio contenido en los fallos de 1978 comentados *supra*, fundamentándose para ello en la consideración de varios elementos que dimanaban tanto de los antecedentes de la figura del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico positivo venezolano y en el derecho comparado, como en los principios de hermenéutica jurídica para la interpretación racional de los textos legales y en las corrientes legislativas y doctrinarias más avanzadas sobre la materia.

Tales elementos se resumen en los siguientes puntos, así:

1. Antecedentes de la figura del «silencio administrativo» en el derecho positivo venezolano y en el extranjero.

Se ha dicho ya en este mismo fallo que antes de la sanción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no había en nuestra legislación una norma igual a la que fue sancionada en dicho texto en relación con el ejercicio del recurso contencioso-administrativo general de anulación en caso de silencio de la Administración. Existían sin embargo, en otros campos, disposiciones legales y reglamentarias que consagraban el procedimiento comúnmente llamado «antejuicio administrativo», establecido como condición de admisibilidad de las acciones o recursos que se intentaren contra la Administración y cuyo alcance y efectos constituyen evidentemente, a juicio de la Sala, el antecedente inmediato que inspiró y orientó el legislador de la Corte de 1976 para incorporar en dicho texto la institución del «silencio administrativo».

Tal es el caso en efecto, para citar algunos ejemplos, del «procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República» regulado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para ser cumplido como condición de admisibilidad de las demandas que se instauren contra aquélla; el establecido en la Ley de Reforma Agraria en lo atinente al desalojo de predios rústicos dedicados a la explotación agrícola, pecuaria o mixta; y el previsto en la Ley de Carrera Administrativa (Juntas de Avenimiento), también previo a las querellas contra la República, en el contencioso de la función pública.

Igualmente se encuentran antecedentes en normas de rango reglamentario que prevén procedimientos en materia inquilinaria, laboral o hacendaria, y que deben cumplirse inexorablemente en sede administrativa antes de acudir a la vía judicial. Entre estas últimas, reviste particular importancia a los fines de esta decisión, la norma contemplada en el Reglamento sobre Coordinación y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional (G.O. 29.190 del 14-4-70), según la cual «si promovida una petición o reclamación no estuviere resuelta en el término de sesenta días hábiles, el peticionario o reclamante podrá actuar como si se hubiere desestimado, interponiendo el recurso administrativo, contencioso-administrativo o judicial que proceda», y añade que «esta negativa presunta no extingue el deber de dictar la correspondiente resolución ni libera al instituto o a los funcionarios imputados de las responsabilidades que dimanen de tal negligencia». (Art. 36).

Cabe destacar que el rasgo común de todas esas disposiciones que prevén el «antejuicio administrativo» es que ellas abren la posibilidad al



administrado de intentar la acción o el recurso jurisdiccional, luego de transcurrido cierto lapso sin obtener respuesta de la Administración y que el cumplimiento de esos «procedimientos previos» es exigido como requisito de admisibilidad de las correspondientes acciones o recursos jurisdiccionales.

Ahora bien, si ése es el sentido, alcance y efectos del silencio administrativo en el derecho positivo venezolano anterior a 1976, no existe razón alguna para considerar fundadamente que, en ese año, el legislador se haya apartado de esa misma orientación al establecer el derecho para el interesado de intentar el recurso contencioso-administrativo de anulación aun en los casos en que no exista decisión expresa de la Administración. En este entonces el primer elemento de convicción para concluir en este fallo que el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia consiste también, al igual que en los casos examinados, en un mecanismo procesal que permite a los administrados ejercer el recurso contencioso-administrativo contra un acto que no causa estado, cuando la Administración ha guardado silencio en la resolución del recurso administrativo interpuesto contra dicho acto; y, como consecuencia de ello, debe interpretarse que la regulación del silencio administrativo en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia está concebida en beneficio del interesado, y no en su perjuicio.

Pero, aparte de los antecedentes en nuestro medio de la figura del silencio administrativo, resulta indiscutible para esta Sala, que los proyectistas de la Ley tuvieron también muy presente las soluciones adoptadas en derecho comparado para resolver el problema ya narrado de la indefensión de los particulares cuando la Administración activa no responde oportunamente a sus reclamos o recursos. Ahora bien, en la mayoría de los países extranjeros y particularmente en aquellos más cercanos al nuestro por sus raíces, tradición o desarrollo, tras una larga y acentuada evolución legislativa respaldada por una calificada doctrina administrativa, el «silencio administrativo» ha sido consagrado como un mecanismo que posibilita al particular el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de decisión expresa de la Administración, es decir, que se lo ha regulado *como una garantía a favor del administrado frente a la indefensión producida por la inacción de la Administración.*

Así en España por ejemplo, primero la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y luego la de Procedimiento Administrativo en su reforma de 1963, establecen que «el interesado podrá considerar desestimada su petición al efecto de formular frente a esa denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda.

o esperar la resolución expresa de su petición. En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada» (Art. 38 L.J. C.A.) y que igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo». (Art. 94 L.P.A.).

En ese sentido la jurisprudencia española ha sostenido que «hay que tomar como base la naturaleza que el silencio administrativo tiene, de ser una presunción establecida precisamente en favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos a quienes quiso favorecer...»

Comentando la norma española, Eduardo García de Enterría señala que «el silencio es una denegación presunta, una presunción legal, y no un acto tácito o declaración de voluntad administrativa, está montado en beneficio del particular y como facultad suya, al cual por consiguiente, corresponde la opción, que expresamente se define, de impugnar el silencio o de esperar la resolución expresa, por cuanto que lo que el silencio no es, en todo caso, es una manera de pronunciarse la Administración, a la cual se recuerda por ello su estricta obligación de resolver y hacerlo fundamentalmente» («Sobre Silencio Administrativo y recurso contencioso». Revista de Administración Pública N° 47, Madrid, 1965); criterio que comparten entre otros sus compatriotas, destacados administrativistas, Jesús González Pérez, Alejandro Nieto, Garrido Falla y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, en «El Silencio Administrativo en la nueva Ley de Procedimiento» (Documentación Administrativa, N° 89 Madrid, 1958); «Efectos procesales del silencio negativo de la Administración» (Revista Española de Derecho Administrativo Civitas, N° 5, Madrid 1957); «La llamada doctrina del silencio administrativo» (RAP N° 16, Madrid 1955); y «Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios» (RAP. N° 531, Madrid 1957); respectivamente.

También en Italia el silencio administrativo está configurado como una presunción para asegurar al administrado la garantía jurisdiccional y, por ello, en dicho país la aplicación de la doctrina del silencio no exime a la Administración de su obligación de decidir el recurso jerárquico interpuesto administrativamente.

La situación francesa es diferente y ella es quizás la que inspiró la interpretación de esta Corte en sus fallos de 1978, de cuyas grandes



líneas se aparta ahora la Sala. En efecto, en Francia, al igual que en las dos legislaciones comentadas, existe también la regla legislativa que permite a los interesados acudir a la vía contencioso-administrativa si en un lapso determinado no se ha producido una decisión expresa de la Administración; pero en ese país, en cambio, la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente que vencido el lapso señalado ya la Administración no tiene la obligación de decidir y si el administrado no ha ejercido el recurso jurisdiccional pierde la posibilidad de intentarlo posteriormente. Esta interpretación jurisprudencial ha sido criticada severamente por analistas y comentaristas de derecho público franceses, uno de los cuales sostiene que, de esa forma, «la ficción legal del recurso contra el silencio de la Administración no es más un medio para proteger al administrado y de sancionar la inercia culpable de la Administración; sino que se lo configura al contrario como un nuevo procedimiento puesto a la disposición de la Administración por los textos legales en vigor para evitar el control jurisdiccional de los asuntos que puedan someterse al contencioso de la anulación». (Vid. G. Benezra. «Le Silence de l'Administration. Vicissitudes de la réglementation française». La Revue Administrative, N° 119, París 1967).

Las corrientes legislativas y doctrinarias extranjeras precedentemente analizadas, al plantearse y resolver en la forma expuesta la misma situación existente en nuestro medio que pretendió remediar el legislador en 1976, constituyen también para esta Sala un importante elemento para robustecer su tesis de que, en la hora actual, la figura del silencio administrativo consagrada en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en el contencioso-administrativo de anulación, examinada con criterio amplio, debe ser considerada como expresión o manifestación legislativa de un derecho o beneficio en favor de los administrados, que permite el acceso a la vía contencioso-administrativa en situaciones en que antes esa vía estaba vedada por carecer de una decisión administrativa previa, pero que esa circunstancia no exime a la Administración de pronunciarse expresamente y, cuando lo hace, puede entonces el particular ejercitar contra esa decisión expresa el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

2. Los principios de hermenéutica jurídica en la interpretación del primer aparte del artículo 134.

En fallo de 16 de julio de 1979, cuya doctrina ha sido frecuentemente reiterada por la corte, esta Sala ha dicho que «...siendo las Leyes expresión escrita de la experiencia humana, acumulada a veces durante muchos años, o fruto de un cuidadoso proceso de elaboración en el que han participado especialistas, comisiones técnicas y órganos de los Poderes Públicos, sería absurdo suponer que el legislador no trate de

usar los términos más precisos y adecuados para expresar el propósito y alcance de sus disposiciones, u omite deliberadamente, elementos que son esenciales para la cabal inteligencia de ellas. Por esta razón, no debe *menospreciarse la interpretación llamada gramatical, ni contraponer a ésta la interpretación lógica, como si la letra de la Ley no fuera en todo caso, el obligado punto de partida de toda indagación dirigida a esclarecer, racionalmente, lo que es la mente del legislador...*».

Atendiendo a este criterio que responde a los principios de la hermenéutica jurídica consagrados en el artículo 4° del Código Civil, la Sala como primera regla para aplicar correctamente la normativa que la rige, pasa a examinar el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en base a la interpretación gramatical de los términos utilizados en dicha disposición y, en tal sentido, observa:

Dice la norma en cuestión que: «El interesado *podrá* intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecido en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo».

Para la Sala el significado literal del verbo «podrá» empleado por el legislador en la norma transcrita aparece claro y evidente. En efecto, no cabe duda alguna de que «poder» es tener la «*facultad o autorización para hacer una cosa*». (Diccionario de la Lengua Española, 1970, p. 1.042), y «*facultad*» es, como lo ha dicho este Supremo Tribunal en antigua jurisprudencia, «el derecho, no el deber ni la obligación de hacer una cosa». El Código de Procedimiento Civil en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino también en general. Cuando la ley dice: «El Juez o tribunal puede o podrá», se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad». (Sentencia Corte Federal 6-11-58. G.F. N° 22. 1958, p. 133).

Por consiguiente, cuando el legislador precisa que el interesado «podrá» intentar el recurso, es incuestionable que lo está facultando para recurrir y no que le está imponiendo la obligación de recurrir, pues, en tal caso, hubiera utilizado la expresión «deberá» intentar el recurso.

La consecuencia de esta interpretación literal resulta obvia: si la disposición examinada consagra una facultad, un derecho, un beneficio a favor del administrado para intentar el recurso y no una carga o sanción,



como sería la caducidad en caso de no ejercerlo en el lapso previsto, no puede discutirse entonces que el administrado dispone de dos alternativas las cuales puede ejercer a su libre arbitrio; o intentar el recurso contencioso-administrativo amparándose en el silencio administrativo, dentro de los seis meses siguientes a los noventa días previstos por el legislador a tal efecto; o dejar transcurrir esos tres meses y esperar que la Administración le responda expresamente su recurso administrativo, para acudir entonces, cuando tal decisión se produzca, a la vía jurisdiccional.

Si el interesado opta por la primera solución, estaría ejerciendo el derecho (no la obligación) que le otorga el legislador de poder atacar directamente en sede jurisdiccional un acto que, a pesar de no haber agotado la vía administrativa, queda sin embargo legalmente habilitado para ser recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por esta razón, la norma del artículo 134 resulta innovadora, ya que tal situación no era admisible antes de su promulgación.

Ahora bien, si el particular opta por la segunda alternativa indicada, esto es, deja transcurrir los tres meses del silencio y espera que la Administración le responda expresamente su recurso administrativo para acudir a la vía jurisdiccional cuando tal decisión se produzca, lo que está haciendo en definitiva es someterse al principio general de impugnación de los actos administrativos que hayan causado estado y, en tal virtud, es claro que a partir del momento en que se le notifique la decisión administrativa expresa, si comienza a correr contra un lapso de caducidad de seis meses para impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero si el administrado escoge dejar transcurrir el lapso del silencio porque prefiere esperar la decisión expresa de su recurso y ocurre que esa decisión expresa no se produce nunca, resulta obvio que pierde entonces la oportunidad de ejercer la acción jurisdiccional posteriormente, pues ya no podrá hacer valer en dicha sede la falta de respuesta de la Administración como fundamento de su recurso si no existe acto expreso y no lo intentó dentro de los aludidos nueve meses.

Las conclusiones anteriores se presentan, por lo demás, lógicas, ya que, en palabras de un tratadista, «el transcurso del plazo del silencio no significa resolución del expediente, sino simplemente la posibilidad de que el particular, en vez de esperar indefinidamente una resolución expresa de su asunto, plantee la cuestión ante la jurisdicción revisora» y por ende -añade esta Corte- no habiendo resolución expresa, o sea, no existiendo acto alguno durante el lapso de tres meses del silencio y estando como está la Administración obligada, por elementales principios de Derecho Administrativo, constitucional y legalmente consagrados en Venezuela, a responder las peticiones y planteamientos de los

administrados, sería ilógico concluir que, cuando lo hace, aunque sea tardíamente, si su pronunciamiento es desfavorable al interesado, éste no puede ejercer contra ese acto, en el que sí se materializa la voluntad de la Administración, el correspondiente recurso contencioso-administrativo consagrado a su favor.

En efecto, acogiendo la opinión del mismo autor traída a los autos por el recurrente, no hay más remedio que admitir «si no se quiere bastardear la institución, que el silencio administrativo supone, por definición, una posibilidad del recurso para el particular que, si no se utiliza, deja las cosas en el mismo punto en que se encontraban si el silencio no hubiese sido consagrado por la ley» (Garrido Falla. «La llamada doctrina del silencio administrativo». pg. 114 y 115).

Pero, si todavía no bastara la interpretación literal y lógica que acaba de hacer la Sala para dejar claramente establecido el carácter de garantía procesal a favor del administrado que reviste el silencio administrativo instituido en la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es pertinente recordar igualmente, como lo ha hecho la Corte en anterior oportunidad, dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador; y la segunda, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte. (S. SPA - 19-2-81).

Cuanto a la primera regla, cabe señalar en el presente caso, que la materia legislada atañe al ejercicio del recurso contencioso-administrativo de anulación y que, en esa materia, el propósito deseado no sólo por el legislador sino por el constituyente venezolano, es de ampliar y no de restringir la garantía jurisdiccional contra los actos arbitrarios o ilegales de la Administración (Art. 206 C.N.); propósito que, en el caso del primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se ve patentizado a través del escrito de presentación del proyecto y en la Exposición de Motivos del mismo, en cuyos instrumentos se afirma que con la figura del silencio administrativo «se trata de hacer efectivos los derechos de los administrados ante la eventual desidia de la Administración», y que «en esta forma se evita que el silencio administrativo impida el oportuno ejercicio de la acción».

Y respecto a la interpretación de la norma en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte, forzoso es recordar los antecedentes del silencio administrativo en la legislación venezolana invocados supra en relación con la institución del «antejuicio» administrativo como un mecanismo que posibilita al particular el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de decisión expresa de la Administración».



Como puede observarse, la anterior decisión supuso un sincero y completo cambio interpretativo de la institución del silencio administrativo en nuestro país, el cual, en palabras de la misma decisión, puede resumirse de la siguiente manera:

- «1º. Que la disposición contenida en el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia consagra una garantía jurídica, que se traduce en un beneficio para los administrados.
- 2º. Que, como tal garantía, debe ser interpretada en sentido amplio y no restrictivo, pues de lo contrario, lejos de favorecer, como se quiso, al administrado, lo que haría es estimular la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración.
- 3º. Que esa garantía consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa.
- 4º. Que el transcurso del lapso del silencio administrativo sin que el particular ejerza el recurso contencioso-administrativo, no acarrea para aquél la sanción de caducidad de tal recurso, contra el acto que en definitiva pudiera producirse.
- 5º. Que el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por consiguiente, no cabe decir que se convierte en firme por el simple transcurso del plazo de impugnación.
- 6º. Que el silencio no exime a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado.
- 7º. Que es el administrado quien decide la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa; durante el transcurso del lapso previsto en el artículo 134, o posteriormente, cuando la Administración le resuelva su recurso administrativo.
- 8º. Que cuando la Administración resuelve expresamente el recurso administrativo después de transcurridos los plazos previstos en el artículo 134, el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto.
- 9º. Que a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso, comienza a correr el lapso general de caducidad de seis meses para el ejercicio del correspondiente recurso contencioso-administrativo; y
- 10º. Que de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, no

podrá el interesado ejercer el recurso contencioso-administrativo pasados los nueve meses a que se refiere el artículo 134 de la L.O.C.S.J., invocado el silencio administrativo».

La nueva doctrina, como es lógico, tuvo gran impacto y estupenda receptividad, siendo objeto de múltiples sentencias que han ratificado y afinado sus conclusiones. En este sentido, pueden destacarse, entre otras, las siguientes sentencias¹¹ que se ubican, hasta el presente, en la misma línea interpretativa sentada desde 1982: CSJ-SPA, 11-08-1983 (caso *Inversiones Bedal*), 6-02-1986 (caso *Industrias Pampero*), 21-04-1988 (caso *Nelly Parilli Araujo*), 9-08-1988 (caso *Calzados Twist*), 1-02-1990 (caso *Giorgio Armani*), 14-03-1991 (caso *Philip Morris Incorporated*), 24-01-1996 (caso *Pintal Pinturas Eliseau*); CPCA, 30-09-1982 (caso *Consejo Nacional de Universidades*), 17-12-1985 (caso *Asociación de Caficultores*).

Pero el tema del silencio administrativo y los problemas prácticos que la institución presenta eran –y son– mucho más amplios y complejos que las soluciones y concepciones contenidas en el grupo de sentencias anteriormente señaladas. Así, y aunque todavía sin resolver la mayoría de los problemas y sin hacerlo siempre de manera acertada, debemos hacer mención a un segundo grupo de pronunciamientos judiciales que vienen a sentar las pautas, todavía en pie, relativas al tratamiento del silencio administrativo y a las defensas jurídicas del particular en función del nivel o grado (primer grado -nivel de asunto o solicitud- y segundo grado -nivel de recurso-) en que se produzca la inactividad administrativa. En este sentido, y además de las decisiones clásicas en materia del recurso de abstención o carencia las cuales citaremos más adelante, deben mencionarse ahora las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fechas 5-05-1988 (caso *Redimad*), 23-05-1988 (caso *Fincas Algaba*), 11-7-1991 (caso *José Emisael Durán*), y 13-02-1992 (caso *Navio Jesús Salas Grado*), 4-3-1993 (caso *Myrtho Jean-Mary de Seide*).

En este último grupo de sentencias se sostiene que hay que distinguir entre la inactividad ocurrida en primer grado (nivel de las solicitudes o asuntos, donde no existe acto previo) y la ocurrida en segundo grado (nivel de recurso, cuando ya existe un acto expreso previo). Asimismo, que hay que distinguir entre las omisiones genéricas y las específicas. Así, se sostiene que cuando la falta de

¹¹ Vid. Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz-Alvarez, *Las grandes decisiones...*, obra cit., pp. 741 y ss.; Caterina Ballasso Tejera, *Jurisprudencia sobre los actos administrativos*, obra cit., pp. 245 y ss.



respuesta se ubica en primer grado el silencio administrativo es inoperante, siendo las acciones legales procedentes el recurso por abstención o carencia (si se trata de una omisión específica) o el amparo constitucional (si se trata de una omisión genérica que, como tal, viola el derecho de petición previsto en el artículo 67 de la Constitución). En cambio, cuando la falta de respuesta se presenta en segundo grado, a nivel de recurso, sí es operante y pertinente la figura del silencio administrativo y, en cambio, no es admisible la utilización del amparo constitucional.

Así, entre otras ideas fundamentales, expresamente se ha sostenido que supuestamente «limitada como se encuentra, en general, la competencia del juez en lo contencioso a la anulación del acto administrativo contrario a derecho-, en el caso de silencio de la Administración interpretado por la ley como respuesta negativa de ésta, sólo puede el juzgador entrar a conocer de una acción fundamentada en este silencio, cuando el mismo se ha dado precisa y solamente respecto de la no resolución del correspondiente recurso administrativo. Más, cuando un tal silencio ocurre, como en el caso de autos, en relación con la solicitud formulada a una autoridad administrativa para que emita un acto, no tiene la Sala, obviamente, acto alguno que anular, ni puede tomar una decisión creadora del mismo -que es de la competencia, sin duda, de otro Poder del Estado-, sin violar el principio de la separación de poderes. Por otra parte, la posibilidad de actuar contra la conducta omisiva de la Administración encuentra otros cauces -con sus naturales especificidades- en nuestro derecho positivo, tal como lo ha puesto de relieve esta Sala en anteriores oportunidades, al señalar que: «...tal propósito -de ser legal, lícito y viable- sólo podría lograrse en Venezuela a través de una vía diferente de la utilizada por el demandante, recientemente precisada por vez primera a nivel jurisprudencial y puesta en relieve en un caso concreto (s. de 28.2.85, Igor Vizcaya Paz)», diferenciando así la Corte el recurso «por abstención, de un contencioso de anulación como el instaurado por el recurrente» (s. de 03.10.85, Iván Pulido Mora). En consecuencia, al haberse intentado en el presente caso un recurso inapropiado, el de anulación, contra la ficción legal de acto que caracteriza el silencio administrativo, consagrada sólo para permitir la formulación de recursos subsiguientes pero -en todo caso- necesariamente pertinentes, la Sala declara *inadmisible* dicho recurso de anulación» (caso *Redimad*).

El silencio de la Administración puede darse «tanto en el caso de la resolución de un «asunto» como de un «recurso», es decir, del silencio respectivamente surgido: ya sea en la tramitación destinada a constituir el acto; o bien posteriormente, una vez configurada la decisión administrativa, ahora durante el procedimiento impugnatorio de la misma, único en el cual puede hablarse de

recurso en cuanto éste presupone una materia recurrible, a saber, el acto administrativo previamente constituido y, además, impugnado en vía administrativa de reconsideración o jerárquica... Silencio administrativo el de autos, ocurrido en la tramitación de un «recurso» administrativo -y no, se insiste, de un «asunto»-, la propia Sala ha precisado las consecuencias del mismo, especialmente en decisiones de 22.6.82 (Caso: Ford Motors de Venezuela) y de 11.8.83 («Inversiones Bedal, C.A.»). Conforme a la doctrina de ellas surgida: «el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento...» «una garantía jurídica que se traduce en beneficio para los administrados» y que consiste en permitir a éste que haga uso del recurso contencioso administrativo que le corresponda, aun en ausencia de acto administrativo expreso (señalada sentencia de 22.6.82), denegatorio del recurso administrativo; vía contencioso administrativa que, en efecto, le queda abierta, conforme a lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y que se encuentra específicamente regulada por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los términos y condiciones de su artículo 134 y respecto del contencioso de anulación contra actos administrativos de efectos particulares.... Más disponiendo la accionante en el caso, del señalado contencioso administrativo específico para atacar la decisión tácita denegatoria del respectivo recurso administrativo interno -obviamente de carácter previo-, ejerció no obstante la acción de amparo, cuya procedencia se ve por tanto obligada la Sala a analizar, seguidamente... No puede por tanto concebirse ahora la procedencia del amparo -legislativamente configurado como una acción (artículo 2 de la Ley respectiva)- ni tampoco del derecho de peticionar, sino en función del desarrollo que de ambas figuras ha realizado en Venezuela el Poder Legislativo en los textos correspondientes, ya descritos y analizados... Al respecto considera la Corte que la oportuna respuesta de la Administración al peticionario, garantizadora del derecho de representar, ha sido arbitrada por el legislador -y así lo ha entendido la Sala en su ya señalada jurisprudencia sobre la materia- como una garantía adicional del derecho de defensa, en el sentido de que se la ha instaurado para evitar que el silencio, abstención u omisión de la Administración en la oportuna respuesta, pudiera dejar al particular inerte ante la arbitrariedad administrativa encerrada en la ausencia de respuesta.... Protegido legislativamente el derecho constitucional a través de un «procedimiento-garantía», es sólo a través de éste, como puede obtenerse la satisfacción de ese derecho a representar; de la misma manera, hoy se pone en ejecución la acción constitucional de amparo, únicamente en función de la ley que lo regula... En virtud de las razones expuestas (se) declara *improcedente* la acción de amparo interpuesta...» (caso *Fincas Algaba*).



Los principios que se desprenden de la jurisprudencia sobre la materia respecto de la procedencia de una acción de amparo para el caso de silencio o conductas omisas de la Administración en la resolución de un asunto o recurso, son, en resumen, los siguientes: «1°. La conducta omisiva de la Administración debe ser absoluta y total, es decir, no procede la extraordinaria acción de amparo sobre la base de una supuesta violación del derecho de representar y de obtener oportuna respuesta, cuando aquélla se hubiere pronunciado mediante un acto administrativo expreso, ya sea en el procedimiento constitutivo o al resolver la interposición de los recursos administrativos internos. Consecuentemente: 2°. Ha de ocurrir la omisión ante una obligación genérica de pronunciarse, a cargo de la Administración, pero no ante una obligación específica que le haya sido impuesta por la ley, ya que en este último caso habría de recurrirse más bien al recurso por abstención, contemplado en el artículo 42, ordinal 23, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia... De esta manera, la acción de amparo procedería ante el silencio, la omisión o la abstención de pronunciamiento del superior jerárquico -caso de autos-, pero sólo en los casos en que éste no se hubiere pronunciado acerca de la ficción de acto denegatorio prevista en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no desvirtuada ni confirmada por una decisión expresa del jerarca. Así se obligaría a la Administración a responder a la solicitud o petición planteada, para que posteriormente el peticionante pueda ejercer su derecho a la defensa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que, de lo contrario, no habría materia sobre la cual el juez pudiera decidir el recurso» (caso: *Navio Jesús Salas Grado*).

En otro orden de ideas, y sin que quepa ahora analizar en detalle este interesante tema, valga hacer una muy breve y escueta mención a la situación jurisprudencial en torno al *silencio administrativo positivo*. Sobre este particular, son de obligatoria invocación las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fechas 18-8-1988 (caso *Urbanizadora Pedregal*), 20-12-1991 (caso *Urbanizadora BHO*), 13-02-1992 (*Inversiones Caudillaje*), 4-2-1993 (caso *Mario Shlsinger*), 11-3-1993 (caso *Promotora Rosavila*), 1-12-1994 (caso *Altos de Curicara*), 15-2-1995 (caso *Consortio Barr*). Se trata, pues, del marco jurisprudencial dentro del cual se ha aceptado y delimitado la procedencia del silencio administrativo positivo en materia urbanística contenido en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, básicamente por aplicación supletoria del artículo 55 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio.

II.- (RE)INTERPRETACIÓN Y RENOVACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA ACTUAL

Expuesto como ha quedado el marco general del silencio administrativo a la luz de la jurisprudencia venezolana, toca ahora pasar a realizar, aunque dentro de un contexto de brevedad, algunas observaciones sobre el tema, ello con el fin de apoyar y, sobre todo, discrepar de algunas de las soluciones jurisprudenciales consolidadas, además de hacer mención a algunos problemas resueltos y a otros no del todo resueltos en nuestro sistema¹², muchos de los cuales han

¹² En lo que respecta a la doctrina venezolana, no han faltado trabajos, algunos importantes y de buen corte, que hayan dedicado tiempo al tema del silencio administrativo, por lo que valga inventariar algunos de ellos: vid. José Guillermo Andueza, «El derecho de petición y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos», en *El procedimiento administrativo*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. IV, pp. 110 y ss., Caracas, 1983; del mismo autor «El objeto del recurso contencioso administrativo de anulación. Especial referencia al silencio administrativo», en *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, VIII Jornadas Domínguez Escovar, Barquisimeto, 1983, pp. 207 y ss.; José Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Caracas, 1989, pp. 375 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, EJV, Caracas, 1990, pp. 95-101, 225 y ss.; del mismo autor *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII *Justicia Contencioso-Administrativa*, EJV-UCAT, Caracas, 1997, pp. 151 y ss.; Antonio De Pedro Fernández, *El procedimiento administrativo en Venezuela*, Caracas, 1994, pp. 51 y ss.; Margarita Escudero León, «El requisito procesal del acto previo a la luz de la jurisprudencia venezolana», *RDP*, núm. 57-58, 1994, pp. 463 y ss.; Luis H. Farías Mata, «Acto Administrativo. Materia del recurso contencioso de anulación», en el libro de las *XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Barquisimeto, 1993, tomo II, pp. 9 y ss.; María Amparo Grau, «La materia contencioso administrativa», en la segunda edición del libro de las *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Caracas, 1995, pp. 131 y ss.; y de la misma autora «Comentario jurisprudencial sobre el tratamiento del silencio administrativo y la procedencia de la acción de amparo contra éste», en *RDP*, núm. 47, 1991, pp. 195 y ss.; José Martínez Lema, «El derecho de petición, el silencio administrativo y la acción de abstención o negativa a través de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo», en *RDP*, núm. 45, 1991, pp. 185 y ss.; Henríque Meier, *El procedimiento administrativo ordinario*, Caracas, 1992, pp. 354 y ss.; Armando Rodríguez, «El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos administrativos tácitos o presuntos», *loc. cit.*; José Antonio Muci, «El recurso jerárquico por motivos de mérito y la figura del silencio administrativo», en *RDP*, núm. 30, 1987, pp. 5 y ss.; Humberto Romero-Muci, «El efecto positivo del silencio administrativo en el derecho urbanístico venezolano», *loc. cit.*, pp. 137 y ss.; Hildegard Rondón de Sansó, *El procedimiento administrativo*, EJV, Caracas, 1983; Cecilia Sosa, «Comentarios sobre el derecho de petición», en *El procedimiento administrativo*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. IV, Caracas, 1983, pp. 115 y ss.; Marielena Toro, «El silencio de la



encontrado solución en el Derecho comparado, donde también han salido al paso algunas voces de alarma¹³.

1.- Sobre la naturaleza jurídica del silencio administrativo

En primer lugar, pasamos a fijar nuestra posición respecto a la naturaleza jurídica del silencio administrativo. Para ello, toca distinguir entre los dos tipos (negativo o positivo) de silencio administrativo tradicionales. En lo que respecta al *silencio negativo*, compartimos la tesis de la doctrina —actualmente contundentemente mayoritaria— de que el silencio no es o no produce un acto tácito o presunto, ni que tampoco existe presunción o sustitución de la voluntad de la Administración. En propiedad, se trata de una mera «ficción legal» de efectos esencialmente procesales, consistentes en permitir el acceso a la instancia administrativa o judicial siguiente. Es, por tanto, una ausencia o abstención de pronunciamiento a la cual *ex lege*, y por vía de *fictio iuris*, se le otorga efectos procedimentales opcionales para el particular, en cuyo beneficio, y con miras a garantizar el control judicial rápido y efectivo, se ha instaurado la institución.

Administración. Especial referencia al silencio frente a la solicitud inicial del administrado», en el libro de las *XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Barquisimeto, 1993, tomo II, pp. 419 y ss.

¹³ Si bien algunos doctrinarios en el Derecho comparado han criticado duramente la institución del silencio administrativo, lo cierto es que todavía no parece predicable su absoluta desaparición, sino más bien su evolución dirigida hacia un mejoramiento de las soluciones que se otorgue a muchos de los problemas prácticos que genera el silencio administrativo en sede administrativa y judicial, ello sin perjuicio de que, como estocada final de esta evolución, se instaure un sistema de vías administrativas opcionales y no obligatorias y, en todo caso, un sistema generalizado de silencio administrativo positivo, el cual pase a invertir la regla actual del silencio negativo ordinario. Para recordar una de las referidas críticas a la figura del silencio administrativo negativo, baste citar a José Ignacio Morillo-Velarde quien ha afirmado que el silencio administrativo es «una institución garantizadora vergonzante» que en sí misma no garantiza nada («Hacia la nueva configuración del silencio administrativo», en *REDA*, núm. 49, 1986, p. 74; tamb. en su trabajo «El silencio administrativo», en la obra colectiva *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, dirigida por Javier Barnes, Civitas, Madrid, 1993, p. 161). En todo caso, el fondo de la crítica estaba dirigido al hecho de que, lamentablemente, es enorme la cantidad de veces que es necesario acudir a la técnica del silencio administrativo, lo que evidencia un mal funcionamiento de las Administraciones públicas, cuya terapéutica no puede estructurarse solamente con medidas reactivas del estilo de la institución en comentarios. Agrega Morillo-Velarde que efectivamente «el silencio administrativo se ha convertido en símbolo de una Administración que no funciona... y, de rechazo, de un manso, lento e igualmente ineficaz Poder Judicial».

Así, y entre un considerable número de doctrinarios que se pronuncian en sentido similar¹⁴, son sumamente técnicas las observaciones de García-Trevijano Garnica para quien, en una excelente obra¹⁵, sostiene que efectivamente, desde el ángulo de la naturaleza jurídica, debe distinguirse entre silencio negativo y silencio positivo. Del silencio negativo «no surge estrictamente acto alguno (ni sus efectos tiene el valor de un acto en toda su amplitud), pues ni concurre la voluntad (por presunción) de la Administración, ni la Ley la sustituye directamente... No se trata de que la Ley presuma la voluntad de la Administración cuando ésta no responda a las peticiones que se le formulen; tampoco que la Ley sustituya la voluntad de la Administración produciendo directamente un acto del silencio negativo. Este es concebido simplemente como un remedio procedimental ante la inactividad formal de la Administración... Se trata, por tanto, de una simple ficción legal que permite a los interesados el acceso a la instancia siguiente y, finalmente, a la vía jurisdiccional, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones o recursos; constituye así el contrapeso necesario e imprescindible al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa». Dentro del mismo contexto, son igualmente pertinentes las observaciones de Gómez Puente: «El silencio, pues, no desvela ni interpreta una oscura voluntad de la Administración, sino que combate determinados inconvenientes que derivan de la ausencia de una decisión ejecutiva para quien legítimamente la espera... El silencio se refiere, pues, a una mera situación fáctica; recae sobre un simple *factum* consistente en la omisión de una decisión ejecutiva transcurridos ciertos plazos y cumplidas ciertas condiciones... Los efectos del silencio administrativo negativo son exclusivamente procesales»¹⁶.

En contraste, y quizás en contraposición, puede hacerse referencia al *silencio administrativo positivo*, cuya naturaleza es mucho más intensa. En este caso, y esta es la posición de la doctrina mayoritaria, el silencio sí da lugar a un acto

¹⁴ *Gratia exempli*, en España: García de Enterría, T. R. Fernández, Garrido Falla, González Pérez, Parada Vázquez, Nieto García, García-Trevijano Garnica, Martín Mateo, Villar Palasí, Baena Alcázar, Guillén Pérez, Gómez Puente, entre muchos otros. Misma posición para la mayoría de la doctrina venezolana, Brewer-Carías, Rondón de Sansó, Henrique Meier, María Elena Toro, Romero-Muci, Muci-Borjas, Margarita Escudero, entre otros, a quienes acompaña la jurisprudencia mayoritaria.

¹⁵ Ernesto García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el derecho español*, Civitas, Madrid, 1990. Vid. también su libro complementario, motivado por la reforma de 1992, *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1994.

¹⁶ Observaciones contenidas en otro extraordinario estudio, vid. Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 577 y ss.



presunto que, como tal, tiene las condiciones y efectos que de ordinario tienen los actos administrativos. Se trata, pues, de un supuesto de sustitución de la voluntad de la Administración por la del legislador. Si se quiere, en estos casos de lo que se trata es de actos jurídicos (actos administrativos presuntos) con efectos positivos *ex lege* (por presunción *iure et de iure*) y no por presunción *ex voluntate*, es decir, que más que presumirse alguna voluntad de la Administración (la cual simplemente se limita a no responder, a no actuar), es la Ley la que directamente sustituye la voluntad de la Administración, para entender así que la solicitud o recurso del particular ha sido resuelto positivamente¹⁷.

De manera que, en el campo del silencio positivo, frente a la inactividad administrativa formal el particular beneficiado tiene *ex lege* un acto administrativo (presunto), al cual en principio le es de aplicación la teoría general de los actos administrativos, lo que significa, entre otras consecuencias, la creación de una situación de estabilidad, en el sentido de que el acto así

¹⁷ Vid., en defensa de la tesis del acto administrativo presunto en caso de silencio positivo, García-Treviajano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, obra cit., pp. 81 y ss., tesis igualmente defendida por la doctrina tradicional; entre otros, García de Enterría, T. R. Fernández, González Pérez, Gómez-Ferrer, González Rivero, García-Tervijano Garnica, López Ramón, Villar Palasí, Guillén Pérez, etc. Discrepando recientemente, con argumentos interesantes, aunque aceptando la naturaleza más intensa del silencio positivo frente al silencio negativo, puede verse la posición de Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, obra cit., pp. 581 y ss. Para este autor, el silencio administrativo positivo no da lugar a un verdadero acto administrativo, ni tampoco existe una declaración de voluntad legalmente tipificada. El silencio, aun el positivo, es más bien una ausencia de voluntad administrativa, por lo que difícilmente puede interpretarse o presumirse su sentido, por lo que lo más que puede hacer la ley, no es dictar un acto administrativo sino ordenar, ante una situación dada de inactividad, los efectos jurídicos propios de un acto, por lo que sólo en sentido figurado puede concluirse que del silencio positivo surge un acto administrativo. Sin embargo, este autor acepta -lo que lo acerca o incluso fusiona con el resto de la doctrina- que los efectos del silencio positivo son mucho más intensos que los del silencio negativo, en el entendido de que el mismo puede suscitar todos los efectos de una decisión administrativa típica, bien que no deje de destacar los riesgos y las supuestamente necesarias limitaciones (excepcionalidad, interpretación restrictiva, improcedencia *contra legem*, etc.) del silencio positivo. Con todo, a pesar de los acercamientos entre el silencio negativo y el silencio positivo (ambos tienen origen en la Ley, obedecen a causas similares como lo es el deber de dictar resoluciones expresas, ambos buscan la protección de la esfera jurídica del administrado), así como a despecho de los riesgos de este último, lo cierto que es que en el caso de España la tendencia legislativa de pronta concretización, y montada con la venia de la doctrina más autorizada, está claramente dirigida hacia la instauración (como regla) del silencio positivo, lo que vendría a invertir todo el sistema tradicional. Cf. sobre esta inminente reforma, Jaime Rodríguez-Arana, «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», en el libro de las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Caracas, 1998.

nacido no podrá ser desconocido o revocado válidamente por la Administración, salvo –por ejemplo en caso de silencio positivo *contra legem*– a través de las vías especiales previstas para ello en el mismo ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias a que haya lugar.

2.- *Conexión constitucional del silencio administrativo*

Otro aspecto de interés, sobre el cual nuestra doctrina y jurisprudencia suelen hacer poca consideración, a pesar de su clara incidencia en el correcto entendimiento de la institución, está en la conexión directa del silencio administrativo (negativo y positivo) con los principios y normas de la Constitución.

Así, en el caso del *silencio negativo*, su conexión con los principios constitucionales se observa a nivel de las exigencias del *derecho a la tutela judicial efectiva*¹⁸, derecho fundamental que entre sus innumerables consecuencias nemogénicas, creadoras e interpretativas supone la articulación de cualesquiera técnicas que permitan suavizar –más bien destruir– los obstáculos relacionados con el tradicional carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, permitiendo entre otras cosas el rápido acceso a la misma.

Efectivamente, y como buen ejemplo de lo señalado tenemos la posición del derecho español, la «íntima conexión» del derecho a la tutela judicial efectiva y el silencio positivo se encuentra en que este último es, como lo ha señalado la doctrina, una «fórmula facilitadora del acceso de los interesados en procedimiento administrativo a la tutela judicial en el proceso contencioso administrativo» (Diez Sánchez), cuestión que ha sido destacada en múltiples fallos por el Tribunal Constitucional señalando, entre otras afirmaciones, que el silencio negativo es «una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración»¹⁹.

¹⁸ En el marco constitucional venezolano, este derecho, además de ser un principio general del derecho del mismo rango, se encuentra consagrado en los artículos 68 y 206 de la Constitución de 1961, normas equivalentes a los artículos 24 y 106 de la Constitución española, 24 y 103 de la Constitución italiana, 19.4 de la Constitución alemana, entre otros. Sobre el significado, consagración constitucional y alcance de este derecho en el campo del derecho administrativo, vid. los desarrollos y la bibliografía citada en Luis A. Ortiz-Alvarez, *Tutela judicial efectiva y medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 15 y ss.

¹⁹ Sobre las relaciones entre silencio administrativo y tutela judicial efectiva, destacando la doctrina jurisprudencial recaída sobre tal asunto, vid. Gómez-Ferrer Morant, «El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional», *Documentación administrativa*, núm.



Asimismo, puede sostenerse que el silencio negativo es una manifestación del *principio constitucional de eficacia administrativa*, en el doble sentido de que la técnica del silencio no releva a la Administración de su deber de decir y al mismo tiempo, si por ello opta el particular, permite acceder a las instancias administrativas o judiciales subsiguientes evitando que la vía administrativa se convierta en un obstáculo insalvable para el interesado que ha debido acudir ante la Administración, mismas razones que quizás también conectan al silencio con el *principio de seguridad jurídica*. En fin, el silencio administrativo se conecta con el *principio de legalidad*, en el sentido de que obviamente se convierte en una fórmula que permite facilitar el control de la actividad administrativa por parte del juez²⁰.

Por otra parte, puede sostenerse que el *silencio administrativo positivo* tiene mayor conexión con los principios constitucionales de *eficacia administrativa* y *legalidad* (pues permite que la inactividad administrativa no obstaculice las actividades de los particulares, y permite, por vía de sustitución legislativa, entender que la Administración ha otorgado o satisfecho, tal como lo imponen las leyes, el requerimiento del interesado), así como con los principios de *seguridad jurídica* y *confianza legítima* (pues, por una lado, se convierte en un contundente remedio a la inseguridad creada por toda falta de respuesta, sustituyendo tal inactividad en un acto presunto estimatorio y, por otro lado, pues al concebirse el acto presunto como un acto equivalente y de igual fuerza a una decisión administrativa expresa, el particular queda protegido por el manto de estabilidad que estas decisiones conllevan, quitándole validez a las decisiones tardías e impidiendo la revocación, salvo por medio de los cauces y causales previstas en la Ley, con el correspondiente derecho a indemnización de ser el caso). Asimismo, el silencio administrativo, bien que *in concreto*, tendrá conexión con los derechos constitucionales (derecho de propiedad, libertad económica, etc.) que en un caso particular se pretendan satisfacer o desarrollar a través de una lícita solicitud a la Administración y que, por desidia administrativa, no encuentra respuesta expresa en dicha sede.

Dentro de todo este contexto constitucional, la figura del silencio administrativo (tanto positivo como el negativo, y particularmente este último), debe estar

208, 1986, pp. 81 y ss.; E. García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el derecho español*, obra cit., pp. 107 y ss.; Juan José Díez Sánchez, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 285 y ss.; M. E. Guillén Pérez, *El silencio administrativo*, Colex, Madrid, 1997, pp. 82 y ss.

²⁰ Sobre las relaciones entre los mencionados principios constitucionales y el silencio administrativo negativo véanse los trabajos citados en el pie de página anterior.

siempre sometida a una interpretación *pro cives*, esto es, *en favor del administrado*, tal como, de manera unánime (al menos en la actualidad) lo sostienen la doctrina y jurisprudencia, tanto a nivel nacional como comparado. Aunque, por supuesto, todavía quepa articular mejores y nuevas soluciones (siempre favorables para los ciudadanos) a muchos de los problemas prácticos que presenta el silencio administrativo, inactividad que, en ningún caso, puede convertirse en un estímulo negativo o en beneficio para la Administración como, de hecho, sucede en ciertos aspectos de la institución del silencio administrativo. Como bien se ha sostenido, «se trata de una institución prevista en favor del Administrado, principio que debe presidir su interpretación. Y, en efecto, tal finalidad –favorecer al administrado– debe estar presente a la hora de resolver los problemas derivados de su aplicación práctica»²¹. En otras palabras, el silencio administrativo se instituyó para favorecer al administrado, no para sorprenderle por incauto o cazarle en un cebo o trampa abusando de su ignorancia²².

3.- *Revisión del entendimiento del silencio administrativo en los distintos niveles o grados de aplicabilidad*

Dentro del marco de protección constitucional y legal que protege a los ciudadanos, y bajo una perspectiva de interpretación integrativa y progresiva, toca ahora realizar algunas observaciones en torno a la concepción del silencio administrativo negativo, y concretamente en relación a las posibles acciones administrativas o judiciales reaccionales de las cuales puede beneficiarse el particular afectado por una inactividad formal, según el nivel o grado en que se produzca el silencio de la Administración.

En este sentido, y dentro del contexto de inactividad formal en *primer grado* (nivel de las solicitudes o asuntos, donde no existe acto previo), hemos ya mencionado que la jurisprudencia venezolana defiende la tesis de la improcedencia del silencio administrativo, siendo admisible el recurso por abstención o carencia, si se trata de una omisión específica, o el amparo constitucional si se trata de una omisión genérica. Bien, algunos comentarios merece tal esquema. En primer lugar, dentro del marco de las *omisiones específicas*, compartimos la tesis de la procedencia directa del *recurso de abstención o carencia*, medio procesal previsto en los artículos 42 (ordinal

²¹ García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, obra cit., p. 199.

²² En expresión de Álvarez-Gendín, «Teoría del silencio administrativo», *Estudios homenaje a Jordana de Pozas*, t. III, vol. I, Madrid, 1961, p. 144.



23) y 182 (ordinal 1) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Se trata de una acción que, en principio, efectivamente nació y ha sido utilizada frente a las abstenciones específicas de la Administración, esto es, frente a la abstención o negativa de los funcionarios de cumplir con determinados actos a que estén obligados por leyes, técnica de acceso jurisdiccional rápido y eficaz frente a la inactividad administrativa, que también se observa en el derecho comparado²³, por cuyo riel pueden entrar los amplios poderes de restablecimiento (incluyendo el sustitutivo) que constitucionalmente posee el juez contencioso administrativo. Sobre su naturaleza, alcance y límites, valga remitir a los estudios de la doctrina nacional sobre el particular²⁴, además de hacer mención de algunas

²³ Técnicas similares al recurso por abstención o carencia previsto en el ordenamiento venezolano, se observan tradicionalmente en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, siendo el mejor ejemplo de control judicial efectivo y de múltiples acciones previstas frente a la inactividad en el sistema alemán (vid., entre muchos, Alejandro Nieto, «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo», en *RAP*, núm. 37, 1962, pp. 75 y ss.; Santiago González-Varas, *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993; Karl-Peter Sommermann, «La justicia administrativa alemana», en *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 33 y ss.). Asimismo, cabe destacar la reciente reforma instaurada en España con la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (publicada el 14 de julio en el *BOE*, núm. 167), la cual ha establecido, al lado del recurso tradicional de nulidad, una acción o recurso frente a la inactividad administrativa, previsión innovadora contenida en el artículo 29 de la Ley (cuyo texto es el siguiente: Art. 29: 1) Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. 2) Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78"). Para un completo análisis de esta Ley y de la innovación comentada vid. Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 1998, 2 tomos -para el específico tema referido puede verse el tomo I, pp. 707 y ss.-. En general sobre el tema y control de la inactividad en España, véase Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, obra cit., 1997.

²⁴ Ante todo, vid. Humberto Romero-Muci, «Contribución al estudio de la acción de carencia en el contencioso administrativo venezolano», en *Revista de la PGR*, núm. 4, 1991, pp. 13 y ss.; tamb. Rafael Badell Madrid, «El recurso por abstención o carencia», en *Derecho procesal administrativo*, Ira. Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Edo. Carabobo, 1995, pp. 205 y ss.; Moisés Hirsch, «La acción de carencia», en *Revista UCAB*, núm. 44, 1992, pp. 121 y ss.; Armando Rodríguez García, «Medios de impugnación».

de las decisiones judiciales más relevantes²⁵, entre ellas: sentencias de la CSJ-SPA, de fechas 28-02-1985 (caso *Eusebio Igor Vizcaya Paz*), 23-05-1988 (caso *Fincas Algaba*), 13-06-1991 (caso *Rangel Bourgoïn*), 13-6-1991 (caso *Elias José Sarquis*), 11-07-1991 (caso *José Emisael Díaz*), 4-3-1993 (caso *Myrtho Jean-Mary de Seide*), 2-5-1995 (caso *Horacio Antonio Velázquez*), 14-2-1996 (caso *Amado Nell Espina*); y de la CPCA de fechas 6-12-1984 (caso *Teresita Aguilera*), 17-10-1985 (caso *Metarañ*), 17-12-1985 (caso *Asociación Venezolana de Caficultores*), 19-02-1987 (caso *Inmacolata Lambertini*), 29-10-1987 (caso *Alfredo Yanucci Fuciardi*).

Por contra, nos quedan dudas sobre la tesis de la jurisprudencia venezolana que sostiene la improcedencia radical de la *acción de amparo* en caso de inactividad en primer grado (nivel de asunto o solicitud) frente a obligaciones específicas, por considerar que el único medio restablecedor es el antes mencionado recurso por abstención o carencia. En efecto, independientemente de que exista el medio procesal (en principio suficientemente eficaz, aunque no siempre sea así) del recurso por abstención, lo cierto es que la ausencia de respuesta expresa en primer grado –con independencia del carácter específico de la omisión– sigue configurándose como una violación al derecho de petición previsto en el artículo 67 de la Constitución. Del mismo modo, no necesariamente debe descartarse de plano la posibilidad de beneficiarse del *silencio administrativo en primer grado*²⁶, ello con independencia del tipo de omisión, pues el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no lo prohíbe, ni hace distinción alguna, de hecho más bien pareciera admitirlo expresamente cuando habla de la procedencia del recurso siguiente ante «en los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviera un *asunto* o recurso dentro de los correspondientes lapsos»²⁷. De esta forma, aunque de

libro de las *XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Barquisimeto, 1993, tomo III; H. Rondón de Sansó, «La acción de amparo constitucional contra abstenciones u omisiones en materia urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 0, Caracas, pp. 7 y ss.

²⁵ Las cuales pueden consultarse en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz-Alvarez, *Las grandes decisiones...*, obra cit., pp. 51 y ss.

²⁶ Tal como se ha venido admitiendo en el ordenamiento jurídico español, aunque toca ver cuál será el tratamiento de esta posibilidad dentro del contexto de la nueva acción por abstención prevista en el artículo 29 de la nueva Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

²⁷ En todo caso, y para el supuesto que se admita la operatividad del silencio administrativo en primer grado o a nivel de las solicitudes, es lógico entender que no será necesario interponer el recurso de reconsideración (pues ello supondría un doble silencio innecesario) sino que será procedente acudir directamente a la instancia superior para interponer el recurso a que haya lugar, como el recurso jerárquico.



ordinario sea lógico pensar que el particular prefiera acudir directamente a la vía judicial amparado en la seguridad y fuerza del *recurso por abstención o carencia*, podría darse el caso de que el particular optara por intentar obtener una respuesta expresa ante su petición específica en la propia vía administrativa (e incluso podría tener éxito, aunque normalmente esto no sea cierto), idea que además supone una libertad de escogencia para el particular (entre vía administrativa –ahora opcional– y la vía judicial), además de suavisar la imposición de tener que acudir a un (posiblemente costoso y lento) proceso judicial.

En lo que toca a la situación de la inactividad formal frente a las *omisiones genéricas en primer grado*, la jurisprudencia ha aceptado la utilización del amparo constitucional por violación del derecho constitucional (art. 67) de petición, para así obligar (intentar obligar) al ente público a emitir una respuesta (sea positiva o negativa) expresa. Sin embargo, ha negado la operatividad del silencio administrativo, así como la de los recursos de nulidad y de abstención o carencia. *Mutatis mutandis*, y concretamente invirtiendo el orden de las técnicas, tienen cabida aquí reflexiones similares a la expuestas en el punto anterior. Así, apoyamos la procedencia de la acción de amparo constitucional por violación del derecho de petición, pero no vemos por qué no deban admitirse las otras acciones o técnicas mencionadas. Tal como vimos, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no distingue entre los niveles de procedencia de la técnica (más bien los contempla a todos: asuntos y recursos), ni tampoco diferencia entre omisiones genéricas o específicas, por lo que perfectamente, si por ello opta el particular, debe admitirse la operatividad del silencio administrativo negativo. Esta posibilidad, por lo demás, cobra gran sentido cuando se está en las bajas instancias administrativas, pues el órgano superior podría proceder a emitir el acto expreso buscado, sin necesidad de tener que interponer (frente al funcionario inferior silente) el juicio de amparo, con sus bemoles y costes, bien que su procedencia siempre deba estar abierta para el interesado. También sentido, dentro de una visión de plena jurisdicción, puede tener acceder a la vía judicial por silencio administrativo aun en ausencia de acto expreso alguno, pues el contencioso no es un mero controlador de actos, sino de la actividad o inactividad administrativa, en todas sus vertientes y formas, pudiendo articular todos los remedios que sean necesarios, incluso la sustitución. Igualmente, frente al silencio en primer grado en caso de omisiones genéricas, podría pensarse en la utilización del recurso por abstención o carencia (para lo cual habría, jurisprudencialmente, que ampliar su radio tradicional de actuación), o también admitirse la utilización del recurso de nulidad o, incluso y al amparo de los artículos 68 y 206 de la Constitución, articularse –de nuevo jurisprudencialmente– una acción autónoma directa de control de la inactividad genérica de la Administración.

En definitiva, debe tener cabida aquí la posibilidad de *acceso inmediato* a la sede judicial contencioso administrativa, sea por vía de recurso de nulidad, por vía de recurso de abstención o carencia (ampliado a este tipo de omisiones), o sea por vía de la creación jurisprudencial (pues constitucionalmente ya está previsto) de una acción directa de control de la inactividad frente a omisiones genéricas. Cualquiera sea la vía de acceso judicial, la tendencia debe ser (de hecho no otra solución moderna y constitucional es posible) la del pleno control judicial, incluyendo la posibilidad de restablecimiento por vía de sustitución del juez en la Administración. No cabe más, bajo una perspectiva de tutela judicial efectiva, el (cada vez más envejecido) dogma del carácter «revisor» de la jurisdicción contencioso administrativa que tanto daño viene haciendo a una jurisdicción consagrada ampliamente²⁸, ni tampoco es admisible el argumento de la supuesta violación del principio de separación de poderes –sobre el cual, de ser necesario, también cabría reinterpretación progresiva–. En estos tiempos, más que nunca debe defenderse y entenderse la «plena jurisdicción» que la Constitución ha colocado en manos del juez contencioso administrativo, juez que tiene la obligación de otorgar una «tutela judicial efectiva» a los particulares.

Todo esto, en efecto, no implica en lo absoluto (como quizás algunos todavía tengan, por mera inercia, tendencia a decir) ni que el juez contencioso administrativo está entrando –que por lo demás también debería ser posible si así las circunstancias lo imponen– en potestades puramente discrecionales de la Administración ni tampoco que el mismo esté realizando actos de Administración. Más bien al contrario, se trata de un válido y exigido –incluso por mandato constitucional– control jurisdiccional natural, adecuado, pleno y efectivo, control que, en casos de inactividad, se impone con particular e irrenunciable intensidad. Lo contrario sería reducir a la nada al juez contencioso administrativo y renunciar a uno de los mandatos más claros y categóricos de nuestra Constitución (arts. 68 y 206): la plena y efectiva jurisdicción del juez contencioso-administrativo. Nada menos.

En relación con lo expuesto, y además de remitir a los estudios sobre el poderoso contencioso administrativo alemán, resulta de interés hacer mención a los sistemas que han sido por tradición paradigma del legislador, de la doctrina y

²⁸ Sobre este tema, entre una abundante e importante doctrina que no es cuestión de reseñar aquí, simplemente nos permitimos citar a título de ejemplo, entre nosotros, el libro de Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, así como, para la situación española, el reciente trabajo de Juan Ramón Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998; y para Francia, René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, París, 1998.



de la jurisprudencia venezolanas. Así, valga invocar ante todo palabras de un profesor español tan consolidado y de indiscutible autoridad como García de Enterría (palabras que, obviamente, tienen plena aplicación a Venezuela, donde, al igual que España, la jurisdicción contencioso administrativa refleja un contencioso subjetivo y de tutela judicial efectiva, para lo cual hay en ambos países normas constitucionales que imponen tal concepción, la cual se aparta sin reservas de la concepción inicial francesa del *excès du pouvoir* montado como un mero juicio objetivo contra un acto, concepción que, como veremos, ha sido ampliamente superada incluso en la misma Francia):

«...es enteramente lícito y, además, constitucionalmente obligado por exigencias inherentes a la efectividad de la tutela judicial que la Norma Fundamental garantiza, incluir en el fallo estimatorio el reconocimiento de los derechos del recurrente indebidamente hollados por el acto anulado y adoptar «cuantas medidas sean necesarias para el pleno establecimiento de su situación jurídica anterior». Sólo así cumplirán los Jueces y Tribunales la misión que les está atribuida por la Constitución y la Ley, misión que no es otra que la de conocer y resolver sobre todas «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley». (art. 1º. L J) y otorgar al recurrente una «tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos» (art. 24.1 de la Constitución).

(...) La jurisprudencia postconstitucional así lo reconoce ya con seguridad, incluso en el ámbito del ejercicio de potestades discrecionales..., y así ha de declararlo esta Sala, que, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial -artículo 24.1 de la Constitución- puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base para ello en los autos»²⁹.

En la misma línea de perspectiva, se entiende como, superando la concepción originaria del contencioso administrativo (en donde se decía que «juzgar a la Administración sigue siendo administrar»), ahora la doctrina moderna sostiene el principio de que «juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor», en expresión de Tomás Ramón Fernández. Todo lo anterior, por cierto, ha quedado dicho en España aún antes de la nueva reforma instaurada por la Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual, ahora sin remiendos ni dudas, ha dado el golpe maestro a la (ya pues superada) concepción revisora de dicha jurisdicción, admitiendo,

²⁹ *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 7ª Ed., 1995, t. II, pp. 567 y ss., en colaboración con Tomás Ramón Fernández.

al lado del recurso tradicional de nulidad (ahora mucho más amplio), una acción directa frente a la inactividad, cuya utilidad se ve aun más resaltada cuando se observan los amplios y modernos poderes cautelares y de ejecución de sentencias comunes a todas las acciones que se ventilen frente al juez contencioso administrativo.

Confirmando la posición española, resulta ilustrativo reseñar que también en Francia, país donde nace el contencioso administrativo bajo la referida concepción objetiva, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación moderna han definitivamente aceptado e instaurado la concepción subjetiva del contencioso administrativa. Ello no sólo se observa en los típicos recursos llamados en Francia de plena jurisdicción (*plein contentieux*), sino incluso también en los clásicos recursos de nulidad o *excès du pouvoir*.

En este sentido, para informarse de la situación francesa es ineludible referirse a la obra actualizada del profesor René Chapus³⁰. Si bien la tradición era de la no admitir que el juez contencioso administrativo realizara actos de administrador y dictara órdenes de hacer y de no hacer (*injonctions*), resulta ser que tal principio venía siendo seriamente atenuado por vía jurisprudencial, tanto en materia de los recursos de plena jurisdicción como los recursos de anulación. Así, para empezar, la jurisprudencia admitía claramente la posibilidad de que el juez contencioso administrativo decretara mandamientos de hacer o de no hacer a los particulares³¹. Asimismo, la jurisprudencia admitía que en ciertos casos el juez contencioso administrativo dictara este tipo de órdenes o *injonctios* frente a la propia Administración, bien que la regla seguía siendo la contraria. Finalmente, la tradición ha venido a modificarse sustancialmente, en favor de los poderes del juez, con la nueva Ley de reforma del contencioso administrativo francés de 1995. En efecto, de acuerdo con la Ley de 8 de febrero de 1995, por medio de la cual se han introducido reformas profundas al contencioso administrativo francés, se ha dado un cambio radical en materia de poderes del juez y el contenido de las sentencias.

Según expresiones de R. Chapus, se trata de un «cambio espectacular» con el cual «se ha volteado una página en la historia del contencioso administrativo». En efecto, y colocándose a la altura de gran parte de los países europeos -p. ej. España, Alemania- y latinoamericanos -como Venezuela-, ahora en Francia el juez contencioso administrativo está autorizado, con respaldo legislativo expreso

³⁰ *Droit du contentieux administratif*, Paris, 1998.

³¹ P. ej, CE, 8-01-1960, caso *Lafon*; 4-10-1976, *Elissonde*; 25-01-1980, *Sotem et Mariani*; 17-03-1993, *Tortajada*.



-aunque como dice Chapus ello era posible por vía exclusivamente jurisprudencial-, a ejercer su plena jurisdicción y dictar todo tipo de órdenes de hacer o de no hacer (*injonctios*) a los administrados y a la Administración. Según esta Ley, el juez puede pronunciar estas *injonctions* cuando decide un litigio en el fondo (*règle au fond un litige*), lo cual puede utilizarlo el juez para hacer efectiva la cosa juzgada creada por su sentencia. En otros términos, lo que hace el juez es continuar el ejercicio de su función jurisdiccional y cumplirla plenamente».

Como vemos, se trata, simplemente, de ejercer la plena jurisdicción que el juez contencioso administrativo tiene atribuida, lo cual es así, incluso en Francia, país donde suelen atribuirse las mayores limitaciones a los poderes del juez -lo cual, como se vio, ya ha dejado de ser así-. En efecto, en palabras de René Chapus, el concepto de plena jurisdicción (*plein contentieux*), tiene su nombre simplemente por el hecho de que el juez tiene permitido hacer más que una simple anulación (*de faire plus qu'annuler*). En este sentido, «el oficio o, si se prefiere, la misión del juez en el contencioso de plena jurisdicción es reemplazar las decisiones que han sido recurridas a justo título, por sus propias decisiones, las cuales se sustituirán a aquellas que han sido impugnadas».

Todo este *excursus* de derecho comparado, por supuesto, es de absoluta aplicación al sistema venezolano, donde igualmente tenemos unas normas constitucionales (arts. 68 y 206) que permiten (*rectius*: imponen) el ejercicio de una plena jurisdicción contencioso administrativa, restablecedora y, como tal, suceptible de ser sustitutiva. Como ha escrito Brewer-Carías, el principio de que el juez no puede hacer acto de administración ni comportarse como administrador ni sustituirse a la Administración, «principio que en Francia y en todos los países latinos comienza a resquebrajarse en virtud del derecho del ciudadano a la tutela judicial frente a la administración, puede decirse que no tiene aplicación en Venezuela, donde al contrario conforme al artículo 206 de la Constitución el juez contencioso administrativo...tiene poder para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Esta norma constitucional, que recoge y repite el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le da unos amplísimos poderes al juez contencioso-administrativo el cual puede no sólo dar órdenes de hacer o de no hacer a la Administración, sino también, en ciertos casos, sustituirse a ella»³².

³² *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo venezolano*, EJV, Caracas, 1993, p. 180.

Así las cosas, la inactividad o silencio administrativo (incluyendo el silencio ocurrido en primer grado en caso de obligaciones genéricas o discrecionales –si es que éstas en definitiva existen, pues prácticamente pareciera que casi todas las obligaciones pueden concretizarse o convertirse en específicas–), debe ser siempre susceptible de pleno e inmediato control judicial, incluyendo la incorporación de potestades restablecedoras y sustitutivas del juez en la Administración, para satisfacer las peticiones no contrarias a derecho y razonables de los particulares. Por lo demás, y al margen de los mandatos constitucionales de tutela judicial efectiva, el silencio o inactividad de la Administración en vía de peticiones en primer grado o en segundo grado, nunca puede beneficiarle, ni tampoco puede dar lugar a situaciones de encubrimiento o limitación a nivel jurisdiccional (mucho menos cuando la Administración se muestra de nuevo inactiva o silente en dicha sede judicial), por lo que tal actitud pasiva debe siempre ser vista como una presunción de arbitrariedad, la cual, como contrapartida, debe vislumbrarse siempre con efectos favorables para el particular, cuya posición debe en principio considerarse o presumirse de buen derecho. Son de recibo, pues, todas aquellas interpretaciones *pro cives* (aplicabilidad del silencio administrativo, amparo constitucional, recurso por abstención o carencia, recurso de nulidad, acción directa de inactividad), que frente al silencio o inactividad formal (sea en primer o segundo grado, trátese de obligaciones específicas o genéricas) permitan transitar libremente, y a opción del particular, por las vías administrativas y por las vías judiciales, estas últimas, hay que insistir, con vocación ilimitada de plena jurisdicción restablecedora y sustitutiva.

Continuando con el esquema argumentativo, toca ahora referirnos más en detalle a la situación existente cuando la falta de respuesta se presenta en *segundo grado, a nivel de recurso* (donde existe un acto expreso inicial) esquema dentro del cual nuestra jurisprudencia, al parecer sin mayores distinciones entre obligaciones específicas o genéricas, sostiene la operatividad del silencio administrativo, más no la del amparo constitucional o la del recurso por abstención o carencia. Aquí también coincidimos y discrepamos de nuestra jurisprudencia. En efecto, por un lado, compartimos la *admisibilidad del silencio administrativo*, pues efectivamente la misma cumple una misión concreta y dinámica que es permitir el acceso a la instancia siguiente, tanto administrativa como judicial, en este último caso permitiendo la llegada al juez con la materia o alimento tradicional (un acto expreso) sobre el cual el juez contencioso administrativo puede conocer (aunque, de nuevo toca decirlo, no sólo de actos expresos vive el juez contencioso administrativo; de hecho, son también admisibles –y quizás este sea la nueva y más importante materia sobre la cual tiene que conocer el juez– los silencios puros y la inactividad en todas sus



formas y niveles). Por otro lado, estimamos que no debe descartarse de plano la procedencia de la *acción de amparo constitucional* por violación al derecho de petición, pues la no decisión de un recurso también violenta el derecho a obtener oportuna respuesta, en este caso repuesto el recurso, siendo el límite natural –pero no radical, pues dependerá de cada caso y situación concreta– el carácter extraordinario del amparo y la existencia de otras acciones más idóneas (habrá, pues, que revisar la materia en juego, el tipo de recurso interpuesto y sus petitorios, revisar el nivel jerárquico en que se produce el silencio y lo lejano o cercano que queda la vía judicial, verificar el tipo de omisión específica o genérica en juego, luego de todo lo cual podrá concluirse en la mayor pertinencia o no de la utilización de la técnica del silencio o de cualquier otra acción más eficaz, para así poder inadmitir el amparo)³³.

También estimamos procedente, a pesar del acto expreso desestimatorio, la utilización directa del *recurso por abstención o carencia*, particularmente cuando el acto expreso pretende desconocer una clara obligación concreta o específica³⁴. Súmese igualmente a todo este cuadro, la posibilidad de utilización del *recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con una petición de amparo constitucional cautelar*, lo que, de conformidad con el parágrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, autoriza la presentación inmediata ante el juez contencioso administrativo sin necesidad de agotar la vía administrativa.

³³ En todo caso, particularmente frente a situaciones de mérito, discrecionales o de obligaciones genéricas, de poco, nada o mucho –dependerá del caso y del ente públicos y de los funcionarios que en los mismo trabajen– servirá el amparo constitucional, ya que el ente público podría eludir la satisfacción de lo pedido emitiendo una simple respuesta negativa (expresa), con lo cual, además de las consecuencias penales por desacato, simplemente se trasladaría el problema hacia las instancias superiores, siendo la última la judicial. Como correctivo a este riesgo, está la concepción según la cual una vez llegados a la vía judicial, sea transitando por la vía administrativa sea directamente *omisso medio*, y con independencia del tipo de obligaciones administrativas involucradas (específicas o genéricas) deberán admitirse y articularse (salvo querer desconocer los mandatos constitucional y sostener que el contencioso administrativo no tiene sentido) los mayores poderes de control y restablecimiento, incluyéndose los poderes sustitutivos, tal como hemos mencionado y justificado anteriormente.

³⁴ El propio contenido de las normas (arts. 42, ordinal 24, y 181) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia podrían autorizar esta interpretación, pues las mismas no distinguen el problema, ni lo limitan expresamente, de hecho más bien parecen apoyar la tesis cuando se señala de la competencia del juez para «el conocimiento de la abstención o negativa de los funcionarios» a cumplir determinados actos, negativa que podría ser expresa. Además, el considerar la improcedencia del recurso por abstención frente actos expresos podría desnaturalizar la operatividad de esta importante técnica, estimulando a los funcionarios a fabricar o parapetear cualquier acto expreso para eludir la utilización del

4.- *Una nota sobre los lapsos de utilización del silencio administrativo*

En relación con el tema del silencio administrativo y los «lapsos», sobre el cual poco se ha dicho en detalle entre nosotros, quizás por la apariencia de que las soluciones ya están dadas y son claras³⁵, simplemente vamos a referirnos a un problema muy particular, cual es el relativo a la supuesta limitación temporal (al lapso tradicional de caducidad del recurso) para poder beneficiarse del silencio administrativo.

Efectivamente, nuestra jurisprudencia ha sostenido (por ejemplo, en el caso *Ford Motors* de 1982) que si bien el silencio administrativo está montado en favor del particular siendo una opción más no una obligación para éste, resulta que si el mismo no es utilizado dentro del lapso de caducidad (que comienza una vez vencido el lapso legal para dictar la decisión administrativa) el particular tendrá que sentarse a «esperar» que la Administración cumpla con su obligación de decidir, sin poder acudir durante ese indefinido tiempo a la jurisdicción contencioso administrativa. En términos de la referida sentencia:

«...si la disposición examinada consagra una facultad, un derecho, un beneficio a favor del administrado para intentar el recurso y no una carga o sanción, como sería la caducidad en caso de no ejercerlo en el lapso previsto, no puede discutirse entonces que el administrado dispone de dos alternativas las cuales puede ejercer a su libre arbitrio; o intentar el recurso contencioso-administrativo amparándose en el silencio administrativo, dentro de los seis meses siguientes a los noventa días previstos por el legislador a tal efecto; o dejar transcurrir esos tres meses y esperar que la Administración le responda expresamente su recurso administrativo, para acudir entonces, cuando tal decisión se produzca, a la vía jurisdiccional.

(...) Ahora bien, si el particular opta por la segunda alternativa indicada, esto es, deja transcurrir los tres meses del silencio y espera que la

recurso de abstención, o incluso para abortar la continuación de un recurso por abstención en curso. Se trata, por lo demás, de una tesis que también se defiende entre nosotros en el todavía mejor trabajo sobre el tema, vid. Humberto Romero-Muci, «Contribución al estudio de la acción de carencia...», *loc. cit.*

³⁵ Aunque en la realidad el problema de los lapsos –de iniciación o culminación del silencio, de obligación de resolver, así como los plazos para impugnar, etc.– puede presentar una gran riqueza, como se ha visto en el Derecho español, vid., entre otros, y además de los trabajos que se citan *infra*, E. García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el derecho español*, obra cit., pp. 141 y ss, 233 y ss.; M. E. Guillén Pérez, *El silencio administrativo*, obra cit.



Administración le responda expresamente su recurso administrativo para acudir a la vía jurisdiccional cuando tal decisión se produzca, lo que está haciendo en definitiva es someterse al principio general de impugnación de los actos administrativos que hayan causado estado y, en tal virtud, es claro que a partir del momento en que se le notifique la decisión administrativa expresa, sí comienza a correr contra el lapso de caducidad de seis meses para impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero si el administrado escoge dejar transcurrir el lapso del silencio porque prefiere esperar la decisión expresa de su recurso y ocurre que esa decisión expresa no se produce nunca, resulta obvio que pierde entonces la oportunidad de ejercer la acción jurisdiccional posteriormente, pues ya no podrá hacer valer en dicha sede la falta de respuesta de la Administración como fundamento de su recurso si no existe acto expreso y no lo intentó dentro de los aludidos nueve meses».

Esta conclusión, en nuestro criterio, resulta frontalmente contraria a la concepción del silencio administrativo como garantía montada en favor de los particulares, dejando más bien una buena dosis de carga para éste. Asimismo, la restrictiva concepción mencionada lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental en cuya sede precisamente se ha conectado la institución del silencio administrativa negativo.

De manera que, jurisprudencialmente, se impone un pronto cambio de sentido, esta vez para articulación de soluciones acordes con la naturaleza de la institución en comentarios y compatibles con el sistema constitucional de valores y principios. Así, la primera solución coherente, y fuertemente impuesta por el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, es la de entender que la invocación del silencio administrativo para acudir a la instancia administrativa o judicial siguiente, puede realizarse «en cualquier tiempo», es decir, que no se le aplican los lapsos de caducidad para recurrir (los cuales tienen sentido en caso de decisiones expresas), más no en caso de silencio o abstención de pronunciamiento. De esta forma, por ejemplo, ante un silencio administrativo ocurrido en el más alto peldaño de la vía administrativa, el particular debe tener la opción, *ad perpetuum*³⁶, de acudir en cualquier momento a la vía judicial a través de la balsa del silencio administrativo, situación, por lo demás, que se corresponde con la idea de la obligación (también inextinguible en principio) de decidir a cargo de la Administración, e igualmente con la tesis de la recurribilidad

³⁶ Salvo que quepa considerar la prescripción de ciertas acciones, lo que en todo caso podría discutirse vista la reprochable situación de inactividad administrativa, susceptible, quizás, de considerarse como suspensiva de tales lapsos.

en cualquier momento (dentro de los lapsos de caducidad que nacerán en su día) de las decisiones administrativas tardías.

La segunda solución posible, aunque mucho más tímida –y quizás, sin que esto necesariamente signifique su rechazo, algo por debajo de las expectativas constitucionales–, es la de entender (como ha sido la solución en España) que ante el transcurso del lapso inicial de caducidad para beneficiarse del silencio administrativo, el particular tiene siempre la posibilidad de formular una nueva petición ante la Administración³⁷, para de esta manera dar lugar a un nuevo silencio y, por esa vía, a la apertura de un nuevo plazo de impugnación. Esta tesis, en efecto, ha sido defendida por la doctrina española, destacando desde temprano las posiciones de García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Garrido Falla, a quienes han seguido los autores más jóvenes así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las soluciones anteriores, de mayor lógica que la solución venezolana actual, tienen como inspiración inmediata el derecho constitucional de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva. Tal como lo ha sostenido el Tribunal Supremo español en una sentencia de 24-02-1988, cabe deducir recurso contencioso administrativo no sólo ante la decisión administrativa expresa y tardía, sino también «en los que la Administración, no obstante el deber de dictar una resolución expresa, no lo hace a pesar de que el administrado, que optó por esperar a dicha resolución expresa, le insta a que la dicte transcurrido ya el plazo para impugnar la denegación presunta. Abona esta solución la consideración de que, como ya se señaló, el silencio administrativo es una ficción legal en favor del particular, así como la de que la falta de cumplimiento por parte de la Administración de su deber de dictar resolución expresa no puede perjudicar al administrado. Igualmente la conclusión establecida viene exigida por la circunstancia de que la solución contraria significaría una vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución». Impecable argumentación a la cual se agrega lo siguiente: «Pues bien, si el particular espera confiado una resolución expresa y la Administración no cumple el deber de dictarla no obstante ser instada a ello; si se entiende que entonces no puede plantear reclamación judicial, se cerrará al particular el acceso a los Tribunales y sabido es que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad

³⁷ Esta nueva petición, por ejemplo, podría ser una petición similar a la inicial, deducida en primer grado por ante el inferior jerárquico; también puede ser una nueva petición de fondo interpuesta ante el superior jerárquico silente. Incluso, la nueva petición podría ser una mera solicitud de pronunciamiento expreso de sobre el asunto o recurso pendiente de decisión.



de acceso a los Jueces y Tribunales, y el derecho de obtener un fallo de éstos. A la conclusión que se ha establecido no puede ser obstáculo el principio de seguridad jurídica, pues la inseguridad sólo es imputable a la Administración».

Con esta técnica, pues, también queda abierta —como constitucionalmente se impone— de manera indefinida la posibilidad de acudir a la vía judicial frente a la inactividad administrativa. No podía ser de otra forma, pues como bien se ha dicho el carácter opcional del silencio administrativo no les impone a los interesados la obligación «esperar de por vida» (Corella Monedero). Además, así se evita que la citada opción constituya en la práctica una mera declaración retórica, carente de instrumentos jurídicos eficaces para hacerla valedera en la práctica (Fernández Rodríguez)³⁸. Con todo, nuestra jurisprudencia sigue encallada en la tesis restrictiva aludida al principio, ello a pesar que la doctrina nacional ya había apuntado y criticado el problema³⁹, crítica que apoyamos resueltamente.

5.- *Algunos problemas procesales del silencio administrativo, el deber de resolver y las resoluciones tardías*

Sin entrar en profundidades oceánicas, sobre las que el mar del silencio administrativo muchas tiene, también queremos referirnos brevemente a algunos problemas procesales, y concretamente a aquellos que pueden surgir con motivo de que el particular, beneficiándose (?) de la técnica del silencio administrativo, interponga el recurso contencioso administrativo de nulidad y, estando en curso éste, la Administración emita una resolución tardía. Ciertamente que el deber de resolver en vía administrativa subsiste —y debe subsistir— aun cuando el particular haya acudido a la vía judicial en base al silencio administrativo, pero ¿cuál es, pues, la suerte del recurso de nulidad interpuesto en caso de resoluciones tardías?

³⁸ Ambos citados por García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, obra cit., p. 274. Además de la última técnica mencionada, la jurisprudencia española, como lo reseña este autor, también ha utilizado, para defender la inoperatividad de los lapsos, la argumentación de las notificaciones defectuosas. Sobre el tema, y en general sobre las limitaciones temporales del silencio administrativo, véase también María del Rosario Alonso Ibañez, *Las causales de inadmisibilidad en el proceso contencioso administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 224 y ss.; Juan J. Díez Sánchez, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, obra cit., pp. 295 y ss.; P. González Salinas, «Los plazos para impugnar las denegaciones presuntas», *REDA*, núm. 58, 1988; José I. Morillo-Velarde, «El silencio administrativo», loc. cit., pp. 178.

³⁹ Así, Marielena Toro, «El silencio de la Administración. Especial referencia al silencio frente a la solicitud inicial del administrado», loc. cit., 1993, tomo II, pp. 419 y ss.

Bien, si se considera que el recurso contencioso administrativo en curso pierde virtualidad, debiendo el particular desistir del mismo para interponer un nuevo recurso contra la resolución expresa tardía, habría que concluir que en muchos casos el silencio se convertiría más bien en un perjuicio para el particular quien tendrá que comenzar de nuevo, además de correr con la suerte de los gastos y costos de los procesos judiciales. Si ésta fuese la única solución viable, además de desnaturalizar la institución del silencio (para convertirla de favorable a desfavorable para el particular) se violentaría igualmente el principio de seguridad jurídica y confianza legítima que debe cubrir al particular que se ha embarcado en un proceso judicial por silencio administrativo.

De manera que, como la doctrina y jurisprudencia lo destacaron para la regulación española de procedimientos administrativos de 1958, el particular tiene más bien varias *opciones*. Primero, la de desistir del recurso inicial e intentar uno nuevo contra el acto expreso tardío. Segundo, la de reformar o ampliar el recurso de nulidad en caso de que la resolución expresa se dicte antes de la formalización de la demanda. Tercero, luego de la formalización de la demanda o recurso, el particular puede interponer un nuevo recurso contra el acto expreso y solicitar la acumulación, la que procede en cualquier momento procesal, con el primer recurso presentado por silencio administrativo. Finalmente, la jurisprudencia española⁴⁰ ha admitido simplemente la no necesidad de que el particular tenga que impugnar la nueva resolución expresa desestimatoria cuando el particular tiene en marcha un recurso contencioso administrativo.

Posteriormente el derecho español dio un vuelco, esta vez legislativo (con la promulgación en 1992 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común), en el sentido –criticable y, de hecho, fuertemente criticado– de entender que cuando el particular ha decidido beneficiarse del silencio administrativo a partir de ese momento cesa el deber de la Administración de decidir. En esta regulación, el silencio administrativo tiene una suerte de efectos *erga omnes* y vincula tanto al particular como a la Administración actuante (o mejor, silente), de allí que una vez acogido el silencio la Administración pierde competencia para resolver, por lo que toda resolución tardía es nula de pleno derecho *per-se*. El sistema, en apariencia simple, tiene inconvenientes y violenta algunos principios constitucionales, como el derecho a obtener respuesta, además de estimular la inactividad administrativa. Pero por influjo de la doctrina, está ya en camino

⁴⁰ Por ejemplo, TS, 15-04-1987 (Ar. 4455), citada por García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, obra cit., p. 211, quien apoya la tesis.



una nueva reforma legislativa a nivel de los procedimientos administrativos la cual, no sólo retoma el curso, sino que incluso va más allá en dirección de la generalización de silencio positivo. En todo caso, ya ocurrió un importante aporte legislativo contenido en la reciente Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la cual se establece (artículos 34 y siguientes) la posibilidad de acumulación, y en concreto se señala que «si antes de la sentencia se dictare o se tuviese conocimiento de la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde relación con el que sea objeto del recurso en tramitación... el demandante podrá solicitar... la ampliación del recurso a aquel acto administrativo, disposición o actuación».

Todas estas soluciones opcionales y favorables al administrado, deben igualmente admitirse por vía jurisprudencial en el sistema venezolano, tal como además lo suponen los principios constitucionales y la propia esencia de la institución del silencio administrativo, articulada desde una concepción en favor del administrativo (*pro cives y pro actione*).

Finalmente, cuando la resolución administrativa tardía sea favorable al administrado, el particular podrá desistir del juicio o declarar el tribunal terminado el proceso, caso el cual quedará a salvo el derecho del particular a ser indemnizado por los daños y perjuicios que hubiese generado el retardo administrativo, incluyendo los costes del proceso judicial iniciado, lo cual, además de poder ser solicitado directamente a la Administración, en ciertos casos podría ser planteado ante el juez en el proceso judicial que se había iniciado o, en todo caso, en un nuevo proceso judicial de responsabilidad patrimonial.

Súmese a este punto, la reflexión de que aunque el deber de pronunciamiento expreso subsiste durante la tramitación del recurso contencioso interpuesto al amparo del silencio administrativo, tal deber debe cesar una vez que se haya dictado sentencia por el Tribunal competente. Así, si luego de la sentencia judicial se dicta un acto administrativo que la contradice, el mismo debe considerarse nulo. En cambio, en caso de que el acto administrativo tardío confirme la decisión judicial, el mismo podrá estimarse válido y encausarse dentro del contexto de los actos dictados en cumplimiento o ejecución de sentencias judiciales. Sin embargo, como bien ha sido anotado, la extinción del deber administrativo de decidir sólo cesa en relación a los aspectos resueltos directa o indirectamente por la sentencia judicial, subsistiendo respecto a las cuestiones no pretendidas ni resueltas y que fueron planteadas en su momento ante la Administración⁴¹.

⁴¹ Así, García-Trevijano Garnica, *idem.*, p. 205.

6.- *El silencio administrativo, la inactividad administrativa y las medidas cautelares*

Otro tema de gran interés, y de abandono por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, ha sido el de las relaciones entre silencio administrativo, inactividad, actos denegatorios y medidas cautelares. No es cuestión ahora que hacer un estudio serio y amplio de este tema, por lo que remitiendo a otro lugar⁴², simplemente queremos mencionar que uno de los campos donde con mayor intensidad deben articularse –una vez por vía jurisprudencial– las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es el campo de la protección cautelar, la cual debe incluir, de forma ilimitada, la posibilidad de otorgamiento de medidas cautelares positivas (incluso sustitutivas y anticipativas) frente a los supuestos de inactividad o actos denegatorios, independientemente de la vía (por silencio, recurso de abstención, recurso de nulidad) por medio de la cual se llegue al contencioso administrativo.

Así, debe entenderse que, tal como se viene postulando en el Derecho comparado (por ejemplo, tradicionalmente Alemania⁴³ y recientemente España⁴⁴,

⁴² Luis A. Ortiz-Alvarez, *La protección cautelar en el contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, en preparación. Entre nosotros, Cf. también Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo*, obra cit., 1998, pp. 253 y ss.

⁴³ Recuérdese simplemente que en Alemania, paralelamente al sistema general de efecto suspensivo (art. 80 VWGO), la misma Ley que regula el contencioso-administrativo en Alemania (VWGO), establece en su artículo 123 la llamada «orden provisional» (*einstweilige Anordnung*), que no es otra cosa que una medida cautelar positiva, mediante la cual se establecen órdenes provisionales de condena para la Administración Pública, vid. Mariano Bacigalupo, «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», *RAP*, N° 128, 1992; Javier Barnes, «La tutela cautelar y la celeridad en la justicia alemana. Crónica de las nuevas tendencias legislativas», en *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 3, 1990; S.J. González-Varas Ibañez, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, 1993, p. 279 y ss.. Vid. también Johann Christian Pielow, «Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa», en el libro de las *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, 1997, pp. 203 y ss.

⁴⁴ En este sentido, y a pesar de los estrechos límites legislativos, la jurisprudencia contencioso administrativa española, a partir de los años noventa, se decidió por aceptar y desarrollar la procedencia de medidas cautelares positivas protectoras frente a la inactividad o actividad denegatoria de la Administración (vid., entre una inmensa bibliografía, E. García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1995). Cabe destacar también que tales avances jurisprudenciales encontraron eco en la nueva Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual no sólo estableció un cuadro cautelar



al lado también de países como Francia e Italia, así como de las propias instancias internacionales y comunitarias⁴⁵), el juez contencioso administrativo venezolano tiene la potestad-deber (*ex constitutione y ex lege*) de decretar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la efectividad de la protección judicial. Partiendo de esta indiscutible premisa constitucionalizante, deben utilizarse al máximo – para combatir cautelarmente y sin remiendos la inactividad administrativa– las diversas técnicas que nuestro ordenamiento ha previsto expresamente, tales como la técnica de suspensión de efectos (artículo 136 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), el amparo constitucional cautelar (artículo 5 Ley Orgánica de Amparo) y las medidas cautelares innominadas (previstas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, ya admitidas en el contencioso administrativo)⁴⁶, técnicas que en definitiva se fusionan en un poder cautelar general de rango constitucional que, incluso, podría invocarse directamente desde tal altura.

amplísimo al disponer que «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de *cuantas medidas* aseguren la efectividad de la sentencia», sino que además previó un régimen aún más favorable –de carácter semiautomático– en materia de inactividad administrativa, tal como se desprende del contenido del artículo 136, el cual dispone: «1. En los supuestos de los artículos 29 y 30 (se refiere a los supuestos de inactividad y vías de hecho), *la medida cautelar se adoptará* salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada. 2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior. De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido». Vid. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 1998, 2 tomos -para el específico tema de las medidas cautelares, puede verse el tomo II, pp. 2019 y ss.-.

⁴⁵ Dentro del marco de la última instancia mencionada, y concretamente la comunitaria europea, baste recordar las famosas decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1991 (caso *Factortame*), de 1991 (caso *Zuckerfabrik*), de 1995 (caso *Atlanta*), de 1996 (caso *Port*) y de 1997 (caso *Antonissen*). Para un resumen de las mismas, vid. Luis A. Ortiz-Alvarez, *Tutela judicial efectiva y medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Caracas, 1998, pp. 37 y ss.

⁴⁶ Sobre todas estas técnicas cautelares, vid., además del trabajo citado, Luis A. Ortiz-Alvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo*, EJV, Caracas, 1995; tamb. Allan R. Brewer-Carias y Luis A. Ortiz-Alvarez, *Las grandes decisiones...*, obra cit., pp. 829 y ss.

Esta afirmación cobra aún mayor valor cuando se verifica que la misma jurisprudencia contencioso administrativo venezolana, siguiendo una tendencia mundial, también ha «constitucionalizado» las medidas cautelares⁴⁷. En propósito, baste recordar que expresamente se ha considerado que «una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir el tiempo en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada» (sentencia de la CSJ-SPA, de fecha 15-11-1995, *caso Lucía Hernández y A. Echagaray*). Tal constitucionalización de las medidas cautelares no es sino el reflejo de otro principio general del derecho según el cual «*Il tempo necessario ad avere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*» (la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene razón), principio inicialmente propuesto por Chiovenda y luego retomado por autores como Calamandrei, Tesaurò, García de Enterría y la mayoría de la doctrina moderna. Todo lo expuesto anteriormente, pues, evidencia que los jueces contencioso administrativos deben tener una tendencia favorable al otorgamiento de medidas cautelares (de todo tipo, y frente a todo tipo de actividad o inactividad administrativa) ello, como también expresamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia -asumiendo así las modernas tendencias sobre el particular-, «a los fines de evitar que el proceso atente contra quien aparentemente tiene la razón» (CSJ-SPA, de fecha 10-10-1996, *caso Andrés E. Delmont Mauri*).

De manera que técnica y constitucionalmente hablando la tutela cautelar ya no debe encontrar más sus límites en el tipo de medidas susceptibles de ser otorgadas (pues aquí el horizonte es y debe ser ilimitado: suspensión de efectos, medidas positivas, órdenes de hacer o de no hacer, medidas anticipativas y sustitutivas, etc.), ni tampoco en las excusas o limitaciones procesales tradicionales muchas de ellas hoy día insostenibles (carácter excepcional, prejuzgamiento del fondo, no suspensión de efectos naturales, instrumentalidad, etc.), quedando sus verdaderos límites más bien en la adecuada revisión de las tres condiciones o parámetros de procedencia (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y ponderación de intereses), siendo la condición principal el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

Es así como, al lado de algunas reminiscencias criticables, la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana -acercándose a las soluciones modernas

⁴⁷ Sobre este tema, vid. E. García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1995; Luis A. Ortiz-Alvarez, *Tutela judicial efectiva y medidas cautelares en el contencioso administrativo*, obra cit.



que se observan en el Derecho comparado— ha venido aceptando, cada vez con mayor intensidad y tino, la utilización de sus poderes cautelares frente a la inactividad administrativa y frente a los actos administrativos denegatorios⁴⁸, aunque todavía quede un largo camino por recorrer dentro de esta senda constitucional. De nada vale, pues, llegar rápidamente al contencioso administrativo por vía de silencio administrativo, o por medio de una acción directa como el recurso de abstención o carencia frente a la inactividad administrativa, si posteriormente (ante un lento proceso judicial) no resulta posible la protección cautelar «efectiva», en el verdadero sentido de la expresión, lo que supone mandamientos cautelares de corte positivo, incluso anticipativo y sustitutivo.

Asimismo, no debe olvidarse la cuestión de las relaciones entre inactividad, silencio administrativo y medidas provisionales en vía administrativa (las cuales incluso están expresamente previstas en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 87, y particularmente la suspensión de efectos, aunque constitucionalmente podría entenderse que también la Administración goza de un poder de protección provisional general mucho más amplio que la técnica meramente suspensiva). En todo caso, cuando se interponga un recurso administrativo y al mismo se acompañe una solicitud de protección provisional, debe considerarse que están a la mano algunas soluciones favorables al administrado. Por ejemplo, que cuando tal petición provisional sea expresamente negada por el órgano administrativo, tal decisión (a pesar de no ser definitiva ni prejuzgar sobre el fondo, ni tampoco paralizar el procedimiento) es susceptible de ser recurrida, no solamente a través de los propios recursos administrativos (como ha sido una de las soluciones españolas)⁴⁹, sino incluso directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa (como lúcidamente ha sido apuntado por algún doctrinario)⁵⁰. Por otra parte, cuando ante una tal petición no se haya emitido respuesta expresa,

⁴⁸ Vid., además de los trabajos de doctrina y recopilaciones jurisprudenciales citados anteriormente, Luis A. Ortiz-Alvarez, «El derecho a la tutela judicial efectiva y la suspensión de efectos de actos administrativos denegatorios», en *RDP*, núm. 57-58, pp. 122 y ss.

⁴⁹ Vid. Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, obra cit., 1997, pp. 430 y ss.

⁵⁰ Así, González Pérez, en su *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 556-557, quien afirma: «ha de admitirse el recurso contencioso administrativo contra el acto administrativo denegando la petición de suspensión que se hubiese formulado» en dicha vía administrativa, «pese a considerarse este acto de trámite. De este modo, el órgano jurisdiccional contencioso administrativo podría pronunciarse sobre la pretensión de suspensión de la ejecución antes de incoarse el proceso».

debería igualmente articularse protección administrativa y judicial, sea admitiendo la utilización de la técnica del silencio administrativo para acceder a la instancia siguiente⁵¹, sea admitiendo la posibilidad de acción directa ante el juez contencioso administrativo.

7.- Consecuencias sancionadoras y patrimoniales por incumplimiento del deber de resolver (en especial sobre la responsabilidad del Estado)

Como hemos visto, con independencia de la utilización opcional de la técnica del silencio administrativo y aun en caso de estar en curso un recurso administrativo o contencioso administrativo por silencio administrativo, la Administración pública no pierde su deber de decidir luego de transcurridos los lapsos legales para decidir. En este sentido, de conformidad con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico y vista la situación actual de nuestra jurisprudencia, puede sostenerse que las resoluciones tardías no son *per se* ilegales. De hecho, son lícitas y el particular tiene derecho a que las mismas se dicten y, de ser el caso, beneficiarse de las mismas.

No obstante lo dicho, el ordenamiento jurídico no es indiferente ante las situaciones de retardo o silencio, y concretamente ante el supuesto de las resoluciones tardías. Así, y con independencia de la validez de la decisión, están previstas una serie de consecuencias para el caso de incumplimiento del deber de decidir dentro de los plazos legales y razonables. El primer grupo de consecuencias, las de menor impacto, están previstas en la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por una parte, en el artículo 4 el cual dispone

⁵¹ En todo caso, para que la figura del silencio administrativo adquiriera sentido respecto a las peticiones cautelares o provisionales en vía administrativa, deberían darse algunas condiciones, ya apuntadas por Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, obra cit., p. 433: la primera, el establecimiento de un plazo específico para resolver las medidas provisionales (plazo que debe ser breve y, por supuesto menor, al previsto para tomar la decisión administrativa de fondo -plazo que, agregamos nosotros, podría determinarse jurisprudencialmente-); la segunda, que el silencio tenga aquí un valor desestimatorio pues, de ser positivo, salvo que por su carácter pudiera el interesado adelantarlas a costa de la Administración (y luego exigir la indemnización), habría que pedir a ésta la ejecución de las medidas provisionales solicitadas (en todo caso, de nuevo el agregado es nuestro, en ciertos casos podría tener sentido un silencio positivo, tal como, por ejemplo, en los supuestos en los que se solicite una mera suspensión de efectos de un acto que impone una actividad positiva al particular). También sobre estas medidas, vid. Manuel Rebollo Puig, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en el *Libro homenaje a Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 659 y ss.



que el silencio administrativo «no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que les sean imputables por la omisión o la demora». Asimismo, dispone que «la reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que éstos se consideren resueltos negativamente como se dispone en este artículo, les acarreará amonestación escrita a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 100 de esta Ley». Por su parte, el artículo 100 de la LOPA señala que el funcionario responsable de retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo, establecido en la presente Ley, será sancionado con multa entre el cinco por ciento (5%) y el cincuenta por ciento (50%) de su remuneración total correspondiente al mes en que cometió la infracción, según la gravedad de la falta.

Pues bien, aunque tales sanciones son necesarias y deben mantenerse en su concepción, las mismas, además de monetariamente risibles, están en la práctica lejos de estimular la celeridad y respeto de los lapsos legales de decidir. Además, la utilización de las mismas es inusual (ello a pesar de lo usual que son los retardos), inoperancia que se profundiza cuando se entiende que estas sanciones son personales y los montos recaudados son para el Estado y no están destinados a compensar al particular interesado y directamente perjudicado por la inactividad o retardo administrativo. Tal como lo escribe Henrique Meier, este principio de responsabilidad personal de los funcionarios «mientras no cambie la ideología y la praxis administrativa... no pasa de ser de ser un buen deseo (la conducta ideal de la administración y sus funcionarios). Este sistema complejo de responsabilidad... no es suficiente para asegurar el debido cumplimiento de la obligación de tramitar y resolver los procedimientos en los plazos legalmente establecidos»⁵². Mismas críticas⁵³ han sido hechas para la hoy antigua Ley de Procedimientos Administrativos de 1958 —de donde, por cierto, nos copiamos la nuestra—, bien que la nueva (aunque a punto ya de desaparecer) Ley de 1992 de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común, integró, al margen de las responsabilidades disciplinarias y patrimoniales, una interesante figura de control (art. 42.3) frente a los casos de incumplimiento de la obligación

⁵² *El procedimiento administrativo ordinario*, Caracas, 1992, pp. 379-380.

⁵³ Vid. E. García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, obra cit., pp. 210 y ss., donde se cita una interesante bibliografía (trabajos de González Pérez, González Navarro, Boquera Oliver, Zaballos Boyero, Fernández López, Guaita) sobre las reclamaciones y quejas contenidas en la referida Ley.

de decidir, consistente en la posibilidad de remoción o cambio del funcionario del puesto de trabajo⁵⁴.

En todo caso, lo cierto es que la expresa regulación legal de las mencionadas responsabilidades y consecuencias sancionadoras, que además son obviamente insuficientes, no excluye en ningún momento la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial directa no sólo del funcionario sino también del ente público como tal. Ciertamente, las referidas disposiciones de la LOPA no son sino que una de las múltiples vías legales para controlar o compensar los efectos antijurídicos (objetivamente hablando) del retardo o del incumplimiento de la obligación administrativa de decidir, de modo que las mismas van de la mano y son complemento de la regulación general de la responsabilidad patrimonial del Estado, sistema de mayor alcance y de consagración constitucional, tal como se desprende, entre otros, de los artículos 47, 68 y 206 relativos al derecho a la tutela judicial efectiva, a la responsabilidad patrimonial del Estado y a su control por parte del juez contencioso administrativo, preceptos constitucionales —cuya amplia redacción los coloca a la altura de las mejores normas a nivel mundial— que permiten e imponen la construcción general y la articulación técnica de todo un sistema de aplicación inmediata de responsabilidad administrativa completo, eficaz e inspirado de principios de derecho público⁵⁵.

⁵⁴ El supuesto es muy interesante, bien que el mismo debe ejercitarse dentro de determinados límites y reservarse para casos graves, pues su exagerada utilización podría llevar a situaciones delicadas, propias de un libro de Kafka. Piénsese, por ejemplo, y mucho más en el contexto de la ineficaz Administración pública venezolana (cuyos funcionarios incurren constantemente en retardos en decidir), que llevada la técnica al extremo las remociones serían masivas y los funcionarios estarían paseando por todos los cargos de la Administración, además de que, de aplicarse remociones absolutas y no cambios de puesto, llegaría un momento en que la Administración Pública no tendría funcionarios, desde el Presidente de la República hacia abajo.

⁵⁵ Sin entrar en detalles importantes, nos limitamos a recordar que todo este bloque constitucional permite e impone el desarrollo de un sistema de responsabilidad administrativa completo y efectivo, vale decir de un *sistema mixto*, el cual se divide en dos regímenes (coexistentes y complementarios) que por naturaleza debe contener la responsabilidad del Estado, a saber: por una parte, un régimen de *responsabilidad por sacrificio particular* o sin falta, en el cual el criterio específico decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal (grave e intenso) y especial (individualizado), entrando dentro de este régimen especialmente las actividades lícitas, donde el fundamento principal va a encontrarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo; por otra parte, un régimen de *responsabilidad por funcionamiento anormal* o por falta, en el cual el criterio específico o decisivo para los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal. Así, desde una perspectiva global que abarca a ambos regímenes de responsabilidad, la Administración responde objetivamente, es decir, que el fundamento general o unitario de todo el sistema o de los



Por supuesto que no es cuestión aquí de realizar un análisis profundo o detallado del tema de la responsabilidad del Estado (ya ampliamente desarrollado en la doctrina y en la jurisprudencia, a donde ineludiblemente debemos remitir)⁵⁶, sino simplemente, para entrar en materia concreta, de hacer breve referencia al esquema de responsabilidad patrimonial que puede y debe ponerse en marcha en caso de inactividad o de decisiones administrativas tardías.

En este sentido, lo primero que debe aclararse es que aunque el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos o lapsos para decidir no tiene una virtualidad invalidante (pues la resolución tardía no es ilegal por sí misma, es decir, por el mero hecho de ser tardía), ello no significa que tales lapsos no sean vinculatorios y que su irrespeto no tenga consecuencias de alto impacto. Efectivamente, pueden articularse –de hecho están articuladas y previstas– otro tipo de sanciones o consecuencias para la Administración ineficaz, tal como lo es comprometer, frente al particular afectado, su responsabilidad patrimonial. Ello, debe también quedar claro, al margen y con independencia de la articulación paralela de la figura del silencio administrativo, concebida con un mero correctivo optativo y de consecuencias meramente procesales, más no curativas de la enfermedad administrativa cuya patología es el retardo y sus consecuencias dañosas.

En segundo lugar, es menester señalar que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por motivo de resoluciones administrativas tardías es una *responsabilidad por falta o funcionamiento anormal*, lo que resulta lógico, pues los retardos en decidir en «lapsos razonables»⁵⁷ son claras violaciones a las obligaciones administrativas desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado. Dentro de este contexto, la opción o posibilidad el silencio administrativo

dos regímenes de responsabilidad administrativa es la *integridad patrimonial*. El criterio general de la responsabilidad es así la idea de lesión, o sea, de la *lesión antijurídica* en el sentido de que el particular no tiene la obligación de soportar sin indemnización. En este plano, la antijuricidad es un criterio objetivo, pues no se trata de que el autor de la lesión actúe de forma ilegal o ilícita –antijuricidad subjetiva–, sino de que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación –antijuricidad objetiva–.

⁵⁶ Vid. Luis A. Ortiz-Alvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995; Luis A. Ortiz-Alvarez, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado 1961-1997*, Caracas, 1997.

⁵⁷ Nótese que aquí hablamos de «lapsos razonables» y no de «lapsos legales», lo cual, como inmediatamente se explicará en el texto, tiene una incidencia concreta en el tema de la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, pues sólo habrá falta de servicio cuando se incurra en una violación de los primeros, los cuales, por cierto, pueden ser superiores a los segundos.

no es (tampoco su efectiva utilización) convalidante de tal «funcionamiento anormal» (el retardo en decidir) ni es excluyente de la responsabilidad patrimonial. Tal como lo expresa Gómez Puente, «que a través del silencio pueda llegarse, salvando la eventual inactividad de la Administración, a la resolución del procedimiento no significa que estemos ante una situación de funcionamiento normal de la Administración. No lo es porque la técnica del silencio, pese a garantizar el ejercicio de algunos derechos, es también fuente de problemas e inseguridad jurídica, no excluye la producción de resultados o situaciones contrarios al interés público, no constituye ninguna panacea y, por regla general, presupone una conducta ilegal: el incumplimiento de la obligación administrativa de resolver en plazo (la inactividad)». El silencio, pues, «no es, ni puede ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones que tiene encomendada»⁵⁸. En fin, el silencio es una mera técnica «opcional», y estructura en favor del administrativo, técnica que, utilizada o no utilizada en caso de inactividad, no exonera a la Administración de decidir dentro de lapsos razonables, obligación que en caso de violación (por retardo irrazonable) genera, pues, como una falta o funcionamiento anormal de servicio⁵⁹.

En tercer lugar, hay que sostener que la falta o funcionamiento anormal no se configura por el simple retardo en decidir dentro de los lapsos «legales». Tal falta se configura cuando no se decide, según las circunstancias de cada caso concreto, dentro de lapsos «razonables». Así, puede darse el caso que un lapso razonable sea superior (o incluso inferior) al lapso legal para decidir, lo que no es sino otra manifestación de la autonomía de la institución de la responsabilidad patrimonial frente a la institución de la ilegalidad, esto es, una confirmación de que los discursos o argumentaciones jurídicas de ambas instituciones, si bien cercanos y similares, pueden diferir o distanciarse en ciertos aspectos según las situaciones concretas. En otras palabras, y valga otra remisión a estudios

⁵⁸ Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, obra cit., 1997, pp. 784 y ss.

⁵⁹ En palabras de Juan J. Díez Sánchez (*El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, obra cit., p. 324): «El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones que impone a la Administración la Ley es susceptible de traducirse en dos efectos, alternativos o acumulativos: la obligación de indemnizar a los afectados y/o la responsabilidad disciplinaria en que pueden haber incurrido los funcionarios responsables». A lo cual agrega: «la obligación de indemnizar es consecuencia de entender que aquella inactividad o actividad extemporánea constituye supuestos típicos de funcionamiento anormal del servicio».



más detallados⁶⁰, la ilegalidad es una referencia, un «índice» (un índice alto) de falta de servicio, más no una sombra o manifestación automática.

Ahora bien, la cuestión estará siempre en determinar, lo que deberá hacer *in concreto* a la luz de las circunstancias, dificultades y particularidades de cada asunto o recurso, cuándo se ha decidido con un retraso carente de justificación, o sea, cuándo la tramitación ha excedido un lapso irrazonable, lo que, como es propio y común en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, nos ubica dentro de la noción de los *standards* (aquí el lapso razonable), cuyo análisis es necesario para concretizar la existencia de la falta de servicio o funcionamiento anormal y, en caso de estar presente la misma, poder considerar antijurídicos e imputables los daños a la (in)actividad administrativa.

La doctrina y jurisprudencia españolas también han tenido oportunidad de explicar esta situación, de aparente –e inevitable– complejidad práctica aunque dogmáticamente bastante simple⁶¹. Entre otros, mencionemos primero a García-Trevijano García quien afirma que para que entre en juego la responsabilidad patrimonial es necesario «que se supere el *standard* normal, o, en definitiva, la tramitación exceda de plazos razonables... Podría decirse que, al menos desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el interesado tiene derecho, no a que el expediente concluya dentro (del plazo legal previsto en la Ley), sino más bien a que se tramite dentro de un «plazo razonable». Este, que constituye un concepto jurídico indeterminado, deberá ser delimitado en función de las circunstancias concretas, teniendo presente la complejidad del asunto, los distintos trámites internos a realizar, así como la propia conducta del interesado»⁶². Por otra parte, Gómez Puente explica todo esto de la siguiente manera: «antes que nada, debe señalarse que no todo perjuicio ocasionado por la tardanza de la Administración, incluso superado el

⁶⁰ Cf., sobre el complejo tema de las relaciones entre ilegalidad y responsabilidad, Luis A. Ortiz-Alvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, obra cit., 1995, pp. 312 y ss; tamb. los trabajos de García-Trevijano Garnica y Gómez Puente que se citan *infra*.

⁶¹ Ciertamente, las separaciones –y acercamientos– entre las nociones de ilegalidad y responsabilidad resultan, por necesidad inherentes a la naturaleza de cada institución y por motivos de variabilidad de las situaciones fácticas y de protección de las Administraciones públicas, necesarias siendo dogmáticamente impecables y de simple entendimiento, quedando las dificultades, inherentes al instituto resarcitorio, trasladadas al problema de la determinación fáctica de la razonabilidad media y al problema probatorio de los daños.

⁶² E. García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, obra cit., p. 229.

término legal, puede ser tenido por daño a efectos indemnizatorios. Según jurisprudencia reiterada, al menos en cuanto a la responsabilidad, el interesado tiene derecho no a que se resuelva en plazo legal, sino a que se resuelva en un «plazo razonable». La concreción de expresión jurídica indeterminada exige una valoración o ponderación de las circunstancias del caso concreto... Pero es cierto que la superación del término legal constituye un indicio de irrazonabilidad a menos que otras circunstancias (la dificultad del expediente, la necesidad de recabar múltiples informes o realizar trámites diversos, la propia conducta dilatoria del interesado) permitan excluir ésta y concluir en la imposibilidad material de cumplir en el término legal»⁶³.

⁶³ Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, obra cit., pp. 787-788. Por cierto que este autor, en su magistral obra, deja caer una idea que no podemos resistir mencionar, aunque sea de paso, sin perjuicio de confesar que la idea nos inspira a retomar y reflexionar -lo que por lo pronto no cabe hacer aquí con el suficiente rigor- sobre un tema sobre el cual ya habíamos expresado algunas ideas, en general concluyentes de la improcedencia de la responsabilidad *por funcionamiento anormal* en ausencia de ilegalidad (bien que las mismas estaban circunscritas a casos de actos administrativos expresos). En todo caso, la sugestiva propuesta de Gómez Puente es la siguiente: ¿permite el mismo criterio del «plazo razonable» sustentar una pretensión indemnizatoria por los perjuicios deducidos de la tardanza administrativa aun dentro del referido término? Esto es, el «plazo razonable» a que se tiene derecho, ¿puede ser inferior al legalmente establecido?, pregunta a la cual el autor responde de manera afirmativa (*idem*, p. 790): «Con la regla del plazo razonable se viene a distinguir o separar, cuando las circunstancias fácticas así lo exigen, el funcionamiento normal/anormal del cumplimiento/incumplimiento de los términos legales. El funcionamiento anormal, según esto, puede no depender tanto de la falta de resolución en plazo, cuanto de la falta de adecuación de la actividad administrativa a las circunstancias específicas del caso. De donde puede concluirse que, por lo que respecta a la responsabilidad, las nociones de funcionamiento anormal y resolución extemporánea no han de ser necesariamente coincidentes y pueden tener una existencia independiente. Si se acepta lo que acabo de decir, no será difícil admitir una responsabilidad por omisión o falta de resolución administrativa, aun inconcluso el plazo legal para resolver, siempre que circunstancias de urgencia o necesidad, de las que la Administración tuviera constancia, hagan exigible una mayor celeridad en la resolución y éste sea materialmente posible según una razonabilidad media».

Hermoso razonamiento, sin duda muy difícil de rebatir. Sin embargo, y posponiendo toda reflexión seria sobre el punto, desde ya nos quedan dudas sobre si realmente tal situación deba vislumbrarse como un genuino caso de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal (del ente que en concreto está llamado a resolver y que está amparado por un lapso legal -y lícito- predeterminado), pudiendo también, o más bien, pensarse en un supuesto de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, responsabilidad incluso no ya del ente administrativo encargado de tramitar y de decidir -la cual también se puede pensar-, sino de responsabilidad del legislador, por haber éste causado, como consecuencia de una regulación normativa que se ha concretizado, un daño anormal y especial (un sacrificio intolerable) a un ciudadano específico en una situación particular. Veremos. En todo caso, y asumiendo teóricamente el contexto de la responsabilidad por falta o



Finalmente, no debe dejar de señalarse que, como de nuevo ha sido la solución española, la no utilización de la figura del silencio administrativo por parte del interesado no excluye de plano la precedencia de la responsabilidad (nos referimos, claro está, al silencio negativo, pues el silencio positivo en principio sí la excluye precisamente por satisfacción de lo pedido). El carácter no excluyente del silencio administrativo negativo respecto a la responsabilidad, es una solución lógica pues como hemos ya analizado el silencio no es una carga para el particular, sino un garantía opcional, cuya existencia, además, no elimina –y no debe eliminar– el deber que pesa sobre la Administración de decidir dentro de los plazos legales y, en todo caso, dentro de plazos razonables. En otras palabras, «la actitud meramente pasiva del interesado esperando una resolución expresa (que constituye en el fondo un derecho a su favor) no excluye necesariamente la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la demora en dictar la resolución expresa tardía», aunque «sí podría tener cierto influjo en el montante indemnizatorio en su caso procedente, mediante su correspondiente moderación»⁶⁴.

III.- REFLEXIONES FINALES

Llegados al final de esta primera aproximación al tema del silencio administrativo en Venezuela, no nos queda, para encuadrar y entender mejor el presente y el futuro de la institución, sino que realizar algunas reflexiones generales en torno a otros problemas relacionados, tales como revisar la (ir)razonabilidad del sustento mismo u origen del silencio administrativo (el carácter revisor del

funcionamiento anormal propuesto, la tesis, que debería ser siempre excepcional, podría ser aceptable si efectivamente en un caso concreto es de esperar un tal comportamiento administrativo (una respuesta más rápida que la prevista legalmente), para lo cual la Administración debería tener claro conocimiento del problema y de la extrema urgencia (por así constar en el expediente administrativo y, por ejemplo, por así haberlo advertido, incluso insistentemente, el interesado). Ante un tal contexto, incluso podríamos estar ante un caso donde la Administración podría practicar una suerte de interpretación constitucional administrativa (o, incluso, de desaplicación difusa administrativa) de las normas legales que regulan su actuación. Esto, por cierto, ya ha sido vislumbrado por la doctrina (vid. Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza, *Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997) y también por la misma jurisprudencia contencioso administrativa venezolana, aunque en este último caso se ha tratado de una desaplicación en sede judicial (tal como sucedió con las famosas sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fechas 5 de mayo de 1997, caso *PepsiCola, CocaCola*).

⁶⁴ E. García-Trevijano Garnica, *El silencio administrativo en el Derecho español*, obra cit., p. 229.; en la misma dirección, y citando jurisprudencia de confirmación, Manuel Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, obra cit., pp. 790 y ss.

contencioso y particularmente el carácter obligatorio de las vías administrativas), hablar de otros silencios (los de la Administración en sede judicial, y los silencios y retardos judiciales), así como referir la aparentemente inevitable sustitución de la regla del carácter negativo del silencio, por el silencio positivo generalizado.

1.- Hacia la eliminación del carácter obligatorio de las vías administrativas

Como ha sido tradición reciente en el sistema venezolano, y así se encuentra postulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 y en la Ley de Procedimientos Administrativos de 1981, las vías administrativas (conformadas básicamente por los recursos de reconsideración y jerárquico) tienen carácter obligatorio y, al mismo tiempo, están configuradas como un requisito de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad⁶⁵. Esta regla general⁶⁶ del carácter obligatorio de los recursos administrativos, que por cierto es la que relanza y da gran virtualidad a la figura del silencio administrativo, trae serios problemas y limitaciones al derecho de acceso judicial y, de hecho, podría ser considerada como contraria al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en los artículos 68 y 206 de la Constitución.

La solución, así instaurada en Italia y en Francia, ha de ser el carácter «facultativo» de los recursos, más no su carácter preceptivo, mucho más cuando la experiencia viene demostrando la ineficacia de la vía administrativa, pues si bien la misma tiene como finalidad darle la oportunidad a la Administración de rectificar su criterio y, al mismo tiempo, evitar así más procesos judiciales, lo cierto es que de ordinario tal rectificación no se produce –es más, lo común es el silencio–, por lo que su imposición a los particulares, como requisito obligatorio, lo que hace es retardar el –y a veces simplemente erradicar toda posibilidad de– acceso a los tribunales contenciosos para lograr una justicia y protección efectiva. Como se ha señalado para el sistema español –en esto similar al nuestro–, «no cabe duda de que uno de los aspectos más insatisfactorios de nuestro sistema de justicia administrativa lo constituye la regulación de la vía administrativa previa que exige como requisito para demandar a la

⁶⁵ Similar concepción tiene el llamado «antejuicio administrativo» en las demandas patrimoniales contra la República.

⁶⁶ Bien que existan algunas excepciones, tal como en materia tributaria y en materia de interposición conjunta del recurso de nulidad con una solicitud de amparo cautelar (esto último previsto en el párrafo único de la Ley Orgánica de Amparo).



Administración ante los tribunales y, en particular, la regulación de los recursos administrativos, cuya previa interposición resulta preceptiva con carácter general para acceder a la Jurisdicción contencioso-administrativa»⁶⁷.

Tal como lo ha escrito Jesús González Pérez, «la generalidad—casi unanimidad—de la doctrina se muestra contraria al mantenimiento de la vía administrativa como presupuesto procesal». Rotundamente, como afirma este autor, «no tiene sentido el tradicional requisito procesal. Cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer con él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones... Pero si se tiene la convicción de que nada se logrará por esta vía, no tiene sentido establecer un sistema para demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil»⁶⁸.

⁶⁷ Juan Pegán Gavin, «Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial (a propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 11 de enero de 1991, núm. 15), en *RAP*, núm. 127, 1992, pp. 145 y ss. Se trata de un muy interesante artículo donde el autor defiende, a la luz del ejemplo italiano, la necesidad de invertir la regla para convertir las vías administrativas en opcionales. En el caso de Italia, en efecto, la regla general es el carácter optativo de los recursos administrativos (así convertidos por la Ley 1034/1971, de 16 de diciembre relativa a los Tribunales Regionales), bien que existen algunas excepciones. Precisamente, contra la instauración de una de estas excepciones es que se dicta la sentencia de la Corte Constitucional de 1991, declarando su incompatibilidad con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

⁶⁸ J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, obra cit., 1998, tomo I, p. 23; también de este autor, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 46 y ss., en relación al resto de la doctrina que apoya esta posición los estudios son abundantes, por lo que baste referir sólo algunos: E. García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, tomo II; Tomás R. Fernández, «Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso», *DA*, núm. 221, pp. 5 y ss.; Rivero Isern, «Vía administrativa de recurso y justicia administrativa», *REDA*, núm. 75, 1992, pp. 383 y ss.; M. E. Guillén Pérez, *El silencio administrativo*, obra cit., 1997, pp. 189 y ss. Sobre la timidez de la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional en relación al punto, aunque se han dado cambios y sean previsibles otros de mayor impacto en este aspecto y en general sobre las causales de admisibilidad de los recursos judiciales, vid. igualmente la obra de María del Rosario Alonso Ibañez, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.

2.- *Silencio e inactividad administrativa a nivel judicial (hacia nuevas consecuencias contencioso administrativas)*

Además de las situaciones de silencio en las que la Administración suele incurrir a nivel de peticiones y recursos administrativos, cabe destacar también la situación de silencio que la misma Administración (llevada a juicio por medio de la figura técnico-jurídica del silencio, o través de recursos de nulidad contra actos expresos, o recursos directos contra la inactividad) hace gala durante la tramitación del proceso de control judicial contencioso administrativo. Nos referimos, entre otras actitudes viciosas, al no envío del expediente administrativo, a la no oposición a la solicitud de medidas cautelares en su contra, a la no contestación de los escritos o demandas, a la no participación en la etapa probatoria, a la no presentación de informes, en fin, a la no contestación seria o no participación activa, más bien silente, durante los procesos judiciales que pretenden controlar su (in)actividad.

Pues bien, al igual que la jurisprudencia nacional y comparada castiga la no motivación de los actos administrativos (con una presunción de violación al derecho a la defensa) y el no envío de los expedientes administrativos (con una presunción de ausencia de procedimiento y, por tanto, de ilegalidad del acto impugnado)⁶⁹, de la misma manera el silencio o inactividad de la administración durante un juicio contencioso administrativo, en el cual se va a controlar la legalidad de su actividad (o inactividad) y se van a proteger los derechos e intereses legítimos de los particulares, debería ser tomada como una presunción de arbitrariedad. Esto, por lo demás, debe tener incidencia tanto en lo que respecta a las solicitudes de medidas cautelares por parte de los particulares (debiendo favorecerse el otorgamiento de la suspensión de efectos y de cuantas medidas –incluso positivas, anticipativas y sustitutivas– se requieran en casos concretos, siendo la actitud administrativa –su desidia o silencio– una forma de fijar el *fumus boni iuris* del particular), como en relación a la petición de fondo de declaratoria de nulidad o de restablecimiento de la situación jurídica en la sentencia definitiva (donde igualmente la referida actitud administrativa debe ser considerada como una presunción de ilegalidad –*fumus mali acti*– y una presunción de buen derecho del particular).

Efectivamente, la inactividad o silencio de la Administración en sede judicial debe pesar, y mucho, no sólo cuando es llevada a juicio por un acto expreso sino también cuando lo que se va a controlar es su inactividad, incluyendo las

⁶⁹ *Ad exemplum*, decisiones de la CSJ-SPA, 12-12-1974; 27-10-1987; CPCA, 25-3-1980; TSCA-RC, 26-6-1990, las cuales pueden consultarse en Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz-Alvarez, *Las grandes decisiones...*, pp. 949 y ss.



omisiones genéricas y discrecionales. De manera que la indiferencia administrativa durante el proceso judicial debe apoyar y autorizar aun más el poder de restablecimiento y de sustitución por parte del juez contencioso administrativo, quien deberá considerar la actuación (falta de actuación) como contraria a derecho y estimar (salvo evidencia manifiesta de lo contrario) que al particular solicitante lo asiste el buen derecho, por lo que su solicitud debe ser satisfecha. De esta manera, además de hacerse tutela judicial efectiva, se estimulará la actuación administrativa positiva (acostumbrada, en demasia y al amparo de la indiferencia del juez, a mantener posiciones de silencio), tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Dentro de este contexto, como ha sido apuntado por la doctrina, queda claro que una cosa es la necesidad administrativa de racionalizar el trabajo de los funcionarios y de reducir gastos en defensa judicial y otra cosa es desconectar totalmente a la Administración con los juicios que se llevan en su contra, sin molestarse en enviar los expedientes administrativos ni en razonar o justificar mínimamente en juicio su posición contendida en el acto administrativo —o en la inactividad o silencio— que se impugna y frente a cuyos efectos se pide protección cautelar o protección restablecedora y sustitutiva. Así, en un verdadero Estado de Derecho, donde además están constitucionalmente garantizados los derechos y principios de tutela judicial efectiva, igualdad, razonabilidad y libertad, tal inactividad por parte de la Administración debe, en efecto, ser considerada como una presunción de arbitrariedad. Retomando ideas de García de Enterría, y parafraseando un poco, puede afirmarse que la apariencia de buen derecho no sólo debe contrastarse con la consistencia aparente de los títulos que invoca el recurrente, sino también con «la falta de seriedad en la respuesta de la Administración». Como bien lo apunta el Maestro español, «la actitud de la Administración en el proceso debe ser valorada siempre». Tanto en el plano de la protección cautelar como en el plano de la decisión definitiva, la resistencia de la Administración a ser juzgada y la intencional indiferencia o demora de la entrada en juego del control judicial, revela una mala conciencia a tomar en consideración siquiera las pretensiones de los ciudadanos que contradicen sus actos y que, en último extremo, defienden su libertad. Esta actitud, ciertamente, «es en sí misma un *fumus* de arbitrariedad y de abuso de la autotutela». Indiscutiblemente que la aceptación de tal criterio a nivel judicial, y su generalización, pueden efectivamente imprimir una cierta diligencia y seriedad en la Administración al afrontar sus conflictos con los ciudadanos, impidiéndole apoyarse en la simple ventaja de posición que en principio le procura la autotutela administrativa⁷⁰.

⁷⁰ Cf. E. García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares*, obra cit., pp. 207 y ss.

3.- *Del silencio administrativo al silencio judicial*

He aquí otra piedra en el camino. De qué vale poder llegar rápidamente al contencioso administrativo (a través de la articulación de técnicas importantes tales como el silencio administrativo, las acciones o recursos directos contra la actividad o inactividad administrativa) si una vez llegados a tal sede judicial el particular se encuentra con un nuevo problema: el silencio judicial. Concretizado éste en la falta de respuestas oportunas a sus solicitudes durante el proceso (como las cautelares) y a su petición de fondo de nulidad o restablecimiento. Obviamente que el valor de tal rápido acceso judicial es muy poco ante la desesperante lentitud de los procesos contencioso administrativos.

Tampoco es cuestión ahora de detenernos en detalle en el grave problema de lentitud del proceso y de la insuficiencia del número de magistrados como una de sus principales causas, tema sobre el cual ya hemos dedicado algunas líneas. A las mismas no remitimos⁷¹, limitándonos en este momento a destacar una vez más que resulta incomprensible que actualmente sólo sean cinco (5) jueces los que están llamados a decidir todos los casos contencioso administrativos en la Sala Político Administrativa, ni que otros cinco (5) sean los que deciden los múltiples casos –y también en crecimiento constante– que se interponen por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, e igualmente injustificable es que sólo existan catorce (14) tribunales contencioso administrativos regionales (sólo 14). Es evidente, muy evidente (sobre todo cuando se da una mirada al Derecho comparado)⁷², que tal número

⁷¹ Luis A. Ortiz-Alvarez, «Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (réquien por más jueces y por procesos más rápidos)», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, Ed. Sherwood, Caracas, 1998.

⁷² Sólo piénsese, aunque sea un poco, en estas abrumadoras comparaciones: en Colombia el Consejo de Estado (equivalente a nuestra Sala Político-Administrativa de 5 jueces) está conformada por 30 magistrados y esta dividida en secciones; en España, existen casi 300 jueces contencioso administrativos; en Alemania hay más de 1700 jueces contencioso administrativos. Finalmente hagamos referencia a Francia, donde primeramente el *Conseil d'Etat* (equivalente a nuestra Sala Político Administrativa) tiene en sus secciones de lo contencioso administrativo aproximadamente 120 magistrados, los cuales deciden anualmente un promedio de 12.000 causas; después están las 7 Cortes Administrativas de Apelación francesas o *cours administratives d'appel* (equivalente a nuestra Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), las cuales son colegiadas y suman un número de más de 100 magistrados; y también están los 35 *tribunaux administratifs* (aquí Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo) los cuales agrupan alrededor de 550 magistrados, y que deciden al año aproximadamente 95.000 causas.



de jueces es insuficiente, siendo necesario⁷³ y urgente multiplicar (por varias veces) la cantidad de jueces en los tribunales existentes así como aumentar el número de tribunales y cortes, para así (como mínimo) colocar un tribunal contencioso administrativo en cada estado de Venezuela, así como crear varias Cortes al estilo de la Corte Primera, todas ellas, al igual que la Corte Suprema, integradas por un conjunto mayor de jueces, por lo menos 20 o 30 magistrados. También es necesaria y bienvenida la ya bastante retardada Sala Constitucional.

En Venezuela, lamentablemente, el sorprendente bajo número de Magistrados y la lentitud de los procesos son desalentadoras, siendo la duración de los procesos, en cada instancia, superior en promedio a los dos años, aunque hay juicios que llegan a durar lustros para decidirse. El *stock* o bloque de procesos viejos para decidirse también es en nuestro caso un grave problema que queda por resolver y que sólo podrá resolverse aumentando el número de jueces. No es que nuestros jueces no tengan un ritmo de trabajo aceptable, de hecho su ritmo es loable e incluso superior a los promedios que se observan en muchos países extranjeros. Sin embargo, el problema actual no es resoluble con el trabajo serio de pocos jueces, pues el caudal o número de causas, en constante y progresivo aumento, minimiza cualquier esfuerzo siendo cada día mayor la lentitud de las causas.

De manera que, para que las instituciones jurídicas (como por ejemplo el silencio administrativo) y el rápido acceso al juez tengan sentido, se requiere una reforma de la organización contencioso administrativa la cual debe alcanzar al problema numérico y de insuficiencia de los jueces, y también, por supuesto, a los muchos otros problemas de concepción y estructura que agobian a este hermosa pero pobre jurisdicción en Venezuela, la cual está requerida de una sincera, moderna e integral reforma⁷⁴.

⁷³ Para lo cual también se requiere aumentar sensiblemente el porcentaje presupuestario destinado al poder judicial venezolano (actualmente, lo que es una vergüenza internacional, por debajo del 1%), debiendo tal porcentaje elevarse a un mínimo de 4 o 5% del presupuesto nacional, situación que, como es común en muchos otros países, incluso podría preverse en la Constitución para mayor protección.

⁷⁴ Vid. las importantísimas y de urgente consideración propuestas de A. Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998.

4.- *Hacia la generalización del silencio administrativo positivo y la continuidad del desgobierno*

Llegados al final de estas breves, y muy rápidas notas sobre el silencio administrativo, debemos cerrar señalando que si bien la situación actual en el sistema venezolano y en gran parte de los ordenamientos extranjeros que prevén la técnica en comentarios, es la consagración como regla general del *silencio negativo* (y excepcionalmente el positivo), puede sentirse y advertirse ya la llegada de una nueva tendencia, precisamente la inversa: el establecimiento generalizado del *silencio positivo* (y excepcionalmente, sólo por ley, el negativo).

Un muy interesante ejemplo de esta nueva perspectiva nos viene dado por el sistema español, tan nombrado y utilizado a lo largo de este artículo y que incluso en este punto se presenta innovador y paradigmático. Pues bien, para el estudio del tema es suficiente remitir a la interesante ponencia presentada para estas IV Jornadas por Jaime Rodríguez-Arana⁷⁵, en la cual se destaca la nueva regulación (de posible vigencia a partir de 1999), que vendrá a sustituir o reformar la fuertemente criticada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por esta vía, se pretende instaurar un sistema en el cual el silencio opera automáticamente, dependiendo únicamente del transcurso del tiempo o de la inactividad de la Administración, sin imponer cargos al particular. El silencio positivo, ahora la regla, equivale a una verdadero acto de modo que, una vez producido, sólo cabe dictar una resolución confirmatoria del acto, en tanto que el silencio negativo (la excepción, solamente susceptible de ser impuesta en una norma de rango legal) se configura como una ficción legal, cuyos únicos efectos de contraen a permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

Como bien lo afirma Rodríguez-Arana, «el proyecto realiza una decidida apuesta por la generalización del silencio administrativo; se trata de una apuesta plenamente consciente con el objetivo de conseguir una Administración más tecnificada, moderna eficaz y receptiva que sabe dar respuesta a las demandas de los ciudadanos... tiempos actuales son otros, ahora esperamos algo más de nuestro Derecho Administrativo, principalmente porque nuestro Estado de Derecho se encuentra consolidado». Se trata, por lo demás, de una tendencia que también encuentra apoyo en el derecho comunitario.

⁷⁵ «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», en el libro de las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Caracas, 1998.



En definitiva, y a pesar de sus riesgos naturales (pero siempre menores a la situación anterior), «el silencio positivo es dinamizador de la actividad administrativa y coadyuva convenientemente a que la Administración cumpla con la obligación de resolver. Resulta, además, una técnica simplificadora evitando a su vez la provocación de pleitos innecesarios... Constituye, en definitiva, un mecanismo sencillo, máxime si nos encontramos ante un silencio automático, sin imposición de cargas a los particulares que les obliguen a recordar a la Administración algo que ésta ya conoce perfectamente: su propio incumplimiento». A la par de todo esto, por supuesto, como también lo destaca el citado autor, habrá que reflexionar sobre la necesidad de dotar adecuadamente a las unidades administrativas así como velar por la formación, la moralización y la dignificación de las personas al servicio de las Administraciones Públicas como objetivos prioritarios para conseguir la modernización de las Administraciones Públicas. Y es que, como bien lo señalara Jesús González Pérez en una nota a un trabajo suyo que nos hiciera llegar⁷⁶, tan importante como las instituciones jurídicas y tan importante como la responsabilidad patrimonial es la «responsabilidad moral».

Pero además, no lo olvidemos, habrá que combatir nada más y nada menos que el fenómeno de la «organización del desgobierno» -al cual Nieto ha dedicado inolvidables líneas- y que, en definitiva, refleja una voluntad deliberada de la clase política y de muchos funcionarios de que las cosas (entre ellas la Administración) no funcionen como la colectividad desea, ello, entre otras perversiones, para garantizar la corrupción, el caciquismo y la pillería, para así poder saquear al país a su gusto⁷⁷. El sistema venezolano, tal como está montado -y como muchos quieren que siga montado-, deja pocas esperanzas para que en un futuro cercano tengamos procedimientos administrativos efectivos que permitan a los ciudadanos obtener respuestas justas dentro de los lapsos legales, así como tampoco quepa esperar la pronta y radical modernización -legal y jurisprudencial- del sistema contencioso administrativo como medio de «tutela judicial efectiva» (hermosa expresión, pero todavía más hipocresía que realidad

⁷⁶ «Administración pública y moral», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año XLVII, núm. 72, Madrid, 1995.

⁷⁷ Vid. Alejandro Nieto, *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Madrid, 1997. Tal como lo sostiene Nieto, la causa del desgobierno radica en la «organización de un aparato y de un sistema normativo que impiden necesariamente el buen funcionamiento de la cosa pública. Más todavía: para asegurar el desastre se establecen mecanismos de contraorganización a través de los cuales se consigue distorsionar o paralizar una organización que, de no ser así, actuaría aceptablemente».

constitucional). De allí la necesidad de seguir hablando, para intentar mejoras tangibles, de algunas técnicas jurídicas intermediarias, entre ellas el silencio administrativo, figura cuya existencia y montaje actual es un signo de una Administración que no funciona y, peor, que no se quiere que funcione.

**LA OBJETIVIDAD Y LA IMPARCIALIDAD COMO
PREDICADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

LA OBJETIVIDAD Y LA IMPARCIALIDAD COMO PREDICADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EJECUCIÓN DE LA LEY A CUYA DETERMINACIÓN CONTRIBUYEN LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD.

La nota sin duda más permanente, al punto de justificar la famosa frase de O. Mayer sobre la permanencia del Derecho administrativo no obstante los cambios constitucionales, y que, por ello, determina la imagen entera de la Administración pública, es la de su servicialidad al interés general y, por tanto, su instrumentalidad a tal efecto en el entramado institucional propio del Estado democrático de Derecho.

La Constitución española de 1978 (arts. 97 y 103.1) configura la Administración pública, en efecto, sobre el triple dato de:

- La dirección: se trata de una organización dirigida por el correspondiente Gobierno, constituido en los términos y condiciones propios de un sistema parlamentario.
- La instrumentalidad: esa organización dirigida tiene por objeto el servicio al interés general.
- La legalidad: la prosecución del interés general debe tener lugar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

En términos negativos: la Administración pública ni configura la vida social en términos de autodisposición gracias a la participación -vía representación política- de la soberanía (cual es lo propio del Parlamento), ni tutela jurídicamente las esferas de libertad y su coexistencia desde una posición de independencia posibilitadora de la dependencia únicamente de la Ley y el Derecho (cual es lo propio del Juez); y ni siquiera es titular de la función ejecutiva (que corresponde, en cuanto función constitucional, al Gobierno, que justamente dirige la Administración, siendo así el «señor» de ésta).

En términos positivos: la Administración pública participa, en cuanto organización y actuación dirigidas por el correspondiente Gobierno, de la función ejecutiva; es ella misma función ejecutiva cumplida ya de forma específica (cabalmente en términos «jurídico-administrativos») para la realización efectiva del interés general definido por la Ley y el Derecho.

Precisamente a la determinación de esa forma específica de cumplimiento de la función ejecutiva aluden los principios, es decir, las exigencias y los requerimientos, de objetividad e imparcialidad.

Una precisión previa se impone desde ahora. El concepto «administración pública» es ambivalente, toda vez que alusivo tanto a un sujeto-organización (mejor: un complejo de sujetos-organizaciones) [dimensión subjetiva], como a una actuación (cumplida, en su caso, de manera formalizada y, por tanto, con arreglo a un procedimiento para la producción de decisiones con inmediata relevancia jurídica, sean normativas o no) [dimensión objetiva]. Los principios aludidos de objetividad e imparcialidad cubren estos dos sentidos del concepto, se predicán de ambas dimensiones del mismo.

En la doctrina española, algunas aproximaciones a estos principios prácticamente los identifican, sobre el trasfondo de la imagen establecida de la Administración pública como instrumento para la ejecución sometido al Derecho, que sirve al interés general. Así:

- Para T. R. Fernández Rodríguez¹ la objetividad sólo dice que la Administración pública carece de interés (es) propio (s), lo cual la hace sustancialmente equivalente a la imparcialidad. Ambas exigencias son relativas en todo caso y por imperativos institucionales (básicamente, el entronque de la Administración al Gobierno y, por tanto, a la política, a través de la dirección gubernamental). Se trata, por tanto, de *desiderata*, incluso en el caso concreto, puesto que la regulación del procedimiento administrativo y el Derecho en general sólo las pueden asegurar a nivel de mínimos (a través de las técnicas de la abstención y la recusación).

¹ T. R. Fernández Rodríguez, Los principios constitucionales del procedimiento administrativo; en *Gobierno y Administración en la Constitución*; Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. I, Ed. IEF, Madrid 1988, págs. 101 y sgs.



- F. Garrido Falla², por su parte, deduce de la objetividad el principio de la neutralidad política de la Administración pública y de la neutralidad administrativa del Gobierno; en fórmula sintética: la eficacia indiferente de la Administración pública, que demanda, a través precisamente de la imparcialidad, una función pública profesionalizada.

En el mismo sentido se vienen produciendo tanto la doctrina constitucional (SsTC 178/1989, de 2 de noviembre; y 42/1990, de 15 de marzo), como la de la jurisprudencia contencioso-administrativa (STS de 19 de mayo de 1988), en cuanto derivan de la objetividad, en la vertiente de imparcialidad, la justificación del régimen de incompatibilidades de los funcionarios. También algún autor, como A. Embid Irujo³, infiere de la imparcialidad la plasmación constitucional del principio de fidelidad del funcionario a la Constitución.

No parece que las interpretaciones anteriores puedan tenerse por correctas. Como se deduce de la determinación que de ambos principios ha hecho F. Sainz Moreno⁴, su contenido y alcance son diferentes: i) la imparcialidad afecta directamente a las autoridades y al personal de la Administración pública, por más que su objetivo sea la neutralidad de ésta frente a los intereses particulares, oponiéndose no tanto a la acción política global de aquélla como a la decisión singular determinada por la influencia de un interés particular o formada por quien puede parecer que actúa motivado por ese interés; protegiendo la legalidad y la buena apariencia de la Administración pública; y manifestándose en los motivos de abstención y recusación y en la separación de las fases de instrucción y sanción en el procedimiento sancionador; y ii) la objetividad, por contra, hace referencia a la calidad de objetivo, es decir, a «relativo al objeto», lo que vale decir, en el caso de la Administración pública, adecuación a su objeto, a los fines que la justifican, de modo que coincide, en definitiva, con la «buena administración» en tanto que exigencia de la acción administrativa, debiendo

² F. Garrido Falla, Comentarios a la Constitución, dirigidos por el mismo autor, comentario al artículo 103 CE, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid 1985, pág. 1422. En el mismo sentido: J. M. Alegre Avila, Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección, en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Vol. I., Ed., Civitas, Madrid 1993, págs. 889 y sgs.

³ A. Embid Irujo, La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español), Ed. INAP, Madrid 1987, págs. 161 y sgs.

⁴ F. Sainz Moreno, Voces «Imparcialidad» y «Objetividad» en Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Madrid 1995, Vols. II y III, págs. 3374 y 4491 y 4492, respectivamente.

ésta estar siempre bien fundada en el conocimiento suficiente y correcto de los hechos, en el Derecho vigente y aplicable a éstos y en los objetivos que se propone alcanzar, y radicando en ella, por tal razón, el requerimiento constitucional de que los actos administrativos se produzcan precisamente a través del procedimiento pertinente, cuyos trámites deben servir cabalmente para que la decisión que se adopte sea la más adecuada al objetivo que se persigue alcanzar (de ahí la incorporación por el procedimiento de los principios de contradicción, prueba plena y resolución expresa y motivada).

Por de pronto no parece que pueda calificarse la Administración pública, en efecto, de «desinteresada» o «desapasionada» (una de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia da a la voz «objetivo»), en tanto que carente de interés o intereses propios. La Administración pública se define precisamente por el servicio al interés general, lo que significa su íntima vinculación a tal interés. Tiene, pues y por definición, «interés» en la realización del mismo. Se trata, sin embargo, de un interés con identidad y perfil propio, toda vez que, como ha dejado establecido M. García Pelayo⁵, no consiste en la suma sin más de los intereses normales correspondientes a los sujetos ordinarios del Derecho; antes al contrario, es la cifra misma de intereses reales, aunque colectivos y, por tanto, cualitativamente distintos a los anteriores en tanto que no imputables a, ni perseguibles por los referidos sujetos ordinarios, haciendo precisa cabalmente la construcción específica, servicial, de la Administración pública para su realización. No se confunde, ni agota el interés general, en efecto, en la tutela de los intereses que se dan en la sociedad y se persiguen espontáneamente por los individuos, individualmente o agrupados, por más que dicha tutela forme parte del mismo⁶. Pues alcanza a aquél que requiere de la continuación de la acción estatal más allá de la formalización legislativa de las decisiones políticas para asegurar la configuración social pretendida, creando

⁵ M. García Pelayo, voz «Derecho público» en la Enciclopedia de Ed. Seix, Barcelona, 1985, págs. 979 a 1007.

⁶ La tutela de los derechos e intereses (individuales y grupales) de los ciudadanos y de las personas en general integra nada menos que el contenido mismo del poder judicial, como se infiere -para el caso español- de los artículos 24, 106 y 117 de la Constitución.

También para el caso español: i) Siendo el orden de los derechos y libertades constitucionales que derivan de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad dentro del respeto a los derechos de los demás y a la Ley (art. 10 de la Constitución), el fundamento del orden político y la paz social, es claro que el legislador ha de cuidarse primariamente también, en términos de la necesaria regulación, de la referida tutela. Y ii) de esta suerte no puede sorprender que la acción administrativa nuclear y transversal consistente en la seguridad ciudadana tenga por misión la protección precisamente del libre ejercicio de los derechos y libertades (artículo 104.1 de la Constitución).



y manteniendo las situaciones correspondientes. Dada su diferencia de los intereses de los ciudadanos y las personas en general, puede ser paralelo, coincidente o contradictorio con éstos.

En consecuencia, la Administración pública está en estrecho contacto con la vida social, se involucra en ella, adhiriéndose (por ser ésta su razón de ser y su legitimación) a uno de los intereses que se hacen presentes en dicha vida social, en tanto que organizada políticamente: el interés general. De esta elemental comprobación se sigue que no es un sujeto neutral, ni siquiera políticamente (al estar bajo la dirección del correspondiente Gobierno) y desde luego no en el sentido en que lo es el Juez (cuya independencia es la que posibilita la dependencia exclusiva de la Ley). La objetividad no se opone, así, a la dirección gubernamental (influida obviamente por la dinámica política), sino más bien a la desviación del interés general. En otras palabras y estableciendo un cierto paralelismo con la posición institucional del Juez: si la independencia de éste es presupuesto de su vinculación exclusiva a la Ley y al Derecho, la objetividad de la Administración pública lo es de su servicialidad en exclusiva al interés general.

II. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.

Sobre la base de las consideraciones anteriores y dando un paso más: dado que la objetividad se predica de la propia Administración-sujeto, éste no puede ser, además y como tal, imparcial. Se lo impide su vinculación servicial al interés general, que excluye la posición de ajenidad a cualquier interés (típica, sin embargo, del Juez). Por eso la imparcialidad se predica no de la organización administrativa como tal, sino de las personas físicas que la actúan (invistiendo sus órganos). Es así, por ejemplo en la Constitución española (art. 103.3), principio de la función pública, dirigido a asegurar el adecuado y correcto ejercicio por los funcionarios de sus funciones⁷. Desde este punto de vista es desde luego presupuesto de la objetividad en el siguiente doble plano:

- 1º. Estructural-organizativo, asegurando la cabal servicialidad al interés general tanto de la organización-sujeto, como de su entera actuación, mediante la sujeción de todo el personal de aquélla a

⁷ El artículo 103.3 de la Constitución española, citado en el texto, dispone textualmente: «La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

un régimen de incompatibilidades, en términos de verdadero «sistema».

- 2º. Concreto-coyuntural, garantizando idéntica servicialidad del sujeto en su actuación formalizada, cumplida en un procedimiento singular y para la adopción de una determinada decisión, mediante la aplicación al personal interviniente en dicho procedimiento de las técnicas de la abstención y la recusación.

La imparcialidad, cuando se predica de la función pública, no equivale a ausencia de parcialidad en términos de posición institucional situada por encima de cualquiera de las posiciones o interesamientos legítimos posibles. No es, por tanto, carencia de todo interés, neutralidad propia del Juez, sino cabalmente exigencia de no infición o contaminación por intereses particulares y, en todo caso, distintos del general. Protege este principio, pues, i) la servicialidad (exclusiva) al interés general, ii) con objetividad (inclusiva de la legalidad); y, por tanto, iii) la «buena administración» de que habla F. Sainz Moreno. De ahí su juego como condición de la objetividad, en cuanto lo es de la obtención y el manejo de toda la información relevante, la correcta determinación de los elementos de juicio y de la recta formación de la voluntad en la aplicación del Derecho. Y también, más precisamente y además, el juego en todo procedimiento de la abstención y recusación, así como la separación -en los de carácter sancionador- de la instrucción y la resolución.

III. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD.

La objetividad, a diferencia de la imparcialidad, no se predica del funcionario-órgano, sino de la Administración pública misma en tanto que sujeto (y no tanto de su actuación⁸). Sin embargo, todos los grandes principios informantes del estatuto de dicha Administración, tales como los de jerarquía, eficacia, desconcentración, descentralización y coordinación, se refieren necesariamente al entero binomio Administración-sujeto/administración-actuación. Por ello, idéntico radio de acción debe postularse para el principio de objetividad. La razón es bien obvia: dado su carácter servicial e instrumental, la subjetividad es en la Administración accesoria y secundaria para con respecto a la actuación

⁸ En el caso español es significativa la redacción misma del artículo 103.1, a tenor del cual «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».



y su resultado, es decir, el efectivo cumplimiento de la función ejecutiva (en su dimensión administrativa).

En una primera aproximación, la objetividad se ofrece como cualidad opuesta al subjetivismo, y también como actuación atendida exclusivamente a los datos de la situación real tal como ésta es y de las reglas que la determinan. Se trata de un concepto, pues, que puede aludir a la doble dimensión subjetiva y objetiva, ya constatada, de la Administración pública.

Desde esta primera perspectiva, el jurista puede caer en la fácil tentación de quedarse en la simple afirmación de que la vinculación de dicha Administración a la legalidad (al Derecho) es la que proporciona sentido a la objetividad en el servicio al interés general⁹. La enorme inercia de la imagen mecanicista de la ejecución como mera aplicación del Derecho y de ésta, a su vez, como simple subsunción del supuesto de hecho concreto en el abstracto de la norma, llevada a cabo de forma ciega por la Administración como un bloque gracias a su construcción jerárquica, propicia, en efecto, la identificación entre objetividad y legalidad. La voluntad de la Administración vendría a ser de este modo la voluntad de la Ley y la «administración» Ley concretizada.

Ocurre que semejante visión sólo en parte es cierta, por lo que no es posible tal identificación absoluta entre objetividad y legalidad. Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que:

- La Administración no es una entidad monolítica, ofreciéndose el poder público administrativo en cada sistema estatal fragmentado en una pluralidad de organizaciones como consecuencia de procesos de descentralización e independización para dotar de autonomía, en diverso grado, a determinadas organizaciones.
- La actividad administrativa es muy heterogénea, no agotándose en cualquier caso en la de carácter jurídico (la dirigida directa e inmediatamente a producir decisiones con relevancia jurídica) y comprendiendo, como fenómeno en modo alguno secundario o accesorio, la de carácter material, real o técnico.

⁹ En este sentido, L. Morell Ocaña, El principio de objetividad en la actuación de la Administración, en La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Vol. I, Ed. Cívitas, Madrid 1993, págs. 147 y sgs.

- Por diversas razones que aquí no es posible precisar en detalle (baste con citar dos: la ejecución de las normas en modo alguno se agota en una operación de subsunción puramente mecánica y la imposibilidad para el legislador, en la compleja y altamente evolutiva sociedad actual, de producir una completa legislación que responda al paradigma teórico de la programación condicional total de la ulterior ejecución), el paradigma de la ejecución como subsunción ha dejado de poder explicar la actividad administrativa en su conjunto (de ahí justamente el surgimiento y la importancia creciente de la interdicción de la arbitrariedad y de la razonabilidad como criterios de control de dicha actividad).

Estando al lenguaje ordinario, la objetividad es, conforme al Diccionario de la Real Academia, «calidad de objetivo», significando «objetivo» «perteneciente o relativo al objeto en si y no a nuestro modo de pensar o de sentir (en primera acepción) y también «desinteresado, desapasionado» (en segunda acepción). Por lo ya razonado, no cabe duda de que es la primera de estas dos acepciones la que mejor se acomoda al carácter de la Administración (sujeto y actuación), toda vez que se define teleológicamente por relación a la satisfacción del interés general, de modo que ha de ser adecuada a éste en tanto que su objeto.

Así entendida, la Administración se ofrece cabalmente como «buena administración» (en la doble dimensión subjetiva -organización idónea para el servicio del interés general específico de que se trate- y objetiva -actuación idónea para la realización efectiva de dicho interés general-). De donde se sigue la necesaria mayor amplitud de la objetividad respecto de la legalidad: pues, para merecer el calificativo de «buena», la administración ha de ser desde luego legal (condición necesaria, aunque no suficiente), pero también, y además, idónea, oportuna, eficiente y eficaz. Adquiere pleno sentido, así, la economía interna de la caracterización que de la Administración hace, en el caso español, el artículo 103.1: este precepto alude separadamente a la objetividad con motivo de su inicial definición de la Administración por relación al servicio del interés general y sólo luego procede a enumerar todos los principios generales que deben gobernar ya la actuación administrativa. Cuando se trata de la actuación administrativa de carácter jurídico (por directamente dirigida a producir efectos de esta naturaleza), la bondad requiere el fundamento en una información plena, el tratamiento y la valoración correctos de los hechos, la conformidad con las reglas aplicables y la adecuación al fin específico. Por ello mismo, la exigencia que de su desarrollo conforme a procedimiento establecido en el artículo 105 de la Constitución española tiene como fundamento último también la objetividad.



Aunque ligándola en exceso a la legalidad, el planteamiento que de la objetividad hace en la doctrina L. Morell Ocaña¹⁰ resulta útil para su ulterior determinación.

¹⁰ L. Morell Ocaña, op. cit. en nota anterior.

Para este autor, el principio de objetividad toma como inexcusable punto de apoyo el postulado de la completud del ordenamiento jurídico-administrativo, en el sentido de que éste proporciona siempre elementos de juicio bastantes para el encuentro de la solución que en cada caso impone la legalidad. La voluntad de la Administración pública no puede ser, pues, otra que la de la Ley. La objetividad, en tanto que exigencia jurídica, se soporta, así, en que la Administración pública no cuenta con una voluntad cuyas determinaciones tengan autonomía y aptitud propias, a efectos de su actuación, sino que es la voluntad de la Ley la que ha de hacer suya.

El principio proporciona por ello uno de los rasgos diferenciales de la posición de la Administración: como exigencia jurídica se coloca en el contexto de la vinculación de la Administración pública a la Ley, imponiéndole un modo característico de aplicación de ésta. La objetividad no apunta, pues, tanto a ejecución de la Ley -cuestión propia del principio de legalidad- sino al modo como dicha ejecución ha de hacerse.

La objetividad traslada a quien ha de aplicar el principio la captación de cada imperativo concreto, no desde un querer subjetivo, sino teniendo en cuenta ese querer plasmado en la norma. La carencia de objetividad es, en principio, una cuestión de suplantación: el propio querer, el del agente que actúa, realiza una suplantación de la voluntad inserta en la norma que aplica.

El papel del funcionario (por su incardinación a la Administración pública) es el de vehículo de realización de la Ley, de instrumento de exteriorización y ejecución de sus mandatos, porque no otra puede ser la voluntad de la Administración.

Con este marco de referencia se entiende la exigencia jurídica de objetividad en la STS de 19 mayo de 1988: se trata de una característica inherente a la función administrativa. Es la objetividad como equivalente a la imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos.

La legitimidad de la actuación y, en su caso, de la decisión del agente depende, pues, de que se limite a completar, no suplantándola, la voluntad de la Ley.

De aquí que la objetividad parte de la idea contraria a la de la aplicación mecánica de la Ley: supone precisamente la entrega al sujeto de la facultad de realizar una aplicación razonable, normal, de la misma.

Aunque la objetividad y la imparcialidad presenten concomitancias y diferencias, el autor comentado considera más interesantes las sugerencias que derivan del contraste entre la imparcialidad administrativa y la posición del Juez. La Constitución coloca a todos los Jueces (art. 117) en posición de independencia (la STC 108/1986, de 29 de julio, subraya que tal posición corresponde a todos y cada uno de los Jueces). Tal posición tiene una significación ante todo negativa, en tanto que equivalente a desvinculación de todo otro poder o lazo de dependencia (con consecuentes garantías al efecto). La posición de las autoridades y los funcionarios administrativos es diferente. El vínculo de subordinación (afirmado desde Kelsen; es la jerarquía de que habla el art. 103.1 de la Constitución española) se coloca en el lugar de la independencia personal e institucional. El Juez está en un plano superior al de las partes en el proceso, no es portador de interés, mientras que la

Descansando sobre dicho planteamiento puede decirse, en efecto, que la objetividad es uno de los rasgos diferenciales de la administración pública, pues -en tanto que exigencia jurídica- impone a aquélla un preciso modo de ser y de operar, apuntando no tanto a la ejecución misma (esto es cuestión del principio de legalidad), cuanto más bien al modo en que dicha ejecución ha de tener lugar. Ese modo no es otro que el de desconocimiento de cualquier dato, elemento o factor (internos a la propia Administración: los intereses propios que ésta puede generar y genera; y externos: los intereses particulares en cuanto tales) que no sean los relevantes para el cumplimiento del fin heterónomo que distingue a la Administración: la satisfacción del interés general de que en cada caso se trate. En términos positivos: atención exclusiva, a la hora de actuar y determinar el contenido y el alcance de su actuación, a la información fáctica, técnica y jurídica (toda ella, pero sólo ella) capaz de contribuir a la determinación del referido interés general.

Así pues, la objetividad de la Administración pública:

- Cualifica a la organización-sujeto (que ha de estar articulada de modo que su actuación pueda servir objetivamente el interés general; articulación que resulta ser así presupuesto de tal actuación).
- Apela a toda la actividad administrativa, primariamente desde luego la de carácter jurídico, determinándola desde perspectiva distinta e, incluso, contraria, a la de la ejecución de la Ley como mera subsunción mecánica.

Desde el punto de vista de la idoneidad del sujeto Administración, el principio de objetividad impone, pues, incide, imponiendo sus exigencias, en:

Administración pública es depositaria de intereses públicos, que ha de hacer suyos, no estando los funcionarios en un plano superior al de los intereses en juego, sino cabalmente en uno de los lados de la controversia.

El ordenamiento exige del Juez la imparcialidad (desentendimiento del propio querer, con énfasis en la ausencia de predisposición o prevención en favor o en contra de una de las partes o de los intereses o ideas que defiendan). Exige, sin embargo, del funcionario de la Administración pública una conducta que, aun teniendo algún punto de contacto con la del Juez (abdicación de la voluntad y el interés propios), tiene un contenido diferente: concretamente el de la vinculación a la satisfacción de unos determinados intereses, los públicos (que ha de hacer suyos) y, caso necesario, enfrentarlos a los que se opongan a ellos o los contradigan.



A) La organización y sus medios personales:

a) Aunque la heterogeneidad y la variabilidad de las tareas administrativas impiden desde luego cualquier solución de carácter general, es claro que la determinación del tipo de organización e, incluso, del régimen de su personal no es indiferente, en cada caso y en función de las características del sector a administrar y las características de la actividad administrativa a desarrollar, para la efectividad del principio de objetividad. Así lo prueba la Constitución española de 1978, en tanto que -con ocasión de la distribución de competencias entre las instancias territoriales del Estado- asigna al Estado central la relativa a las bases del régimen jurídico del conjunto de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios públicos, con prescripción de que, en todo caso, han de asegurar a los administrados un tratamiento común ante ellas (art. 149.1.18).

En el ejercicio de la potestad de organización y a la hora de elegir el tipo de organización ha de atenderse, ponderándolos y aplicándolos en función de las circunstancias relevantes, a los siguientes criterios:

- 1º. La relación con el objeto, que alude a la tensión entre la necesaria distancia respecto de los intereses presentes en el sector de que se trate y la indispensable cercanía a los mismos.

Este es, sin duda, el criterio principal. Si la organización administrativa ha de estar lo suficientemente cerca del objeto de su actividad como para conocerlo adecuadamente, también debe guardar la indispensable distancia para con respecto al mismo, a fin de evitar tanto la propia involucración en los intereses propios del sector social correspondiente, cuanto la facilitación de la influencia indebida de éstos en ella. La cercanía y, por tanto, la distancia carecen aquí de cualquier connotación geográfica, aludiendo a todos y cada uno de los elementos constructivos de la organización por relación a las características propias del sector objeto de su actividad.

El equilibrio de la solución organizativa en su conjunto y, en concreto, el aseguramiento por la misma de la «distancia» mínima indispensable de la Administración respecto de su objeto propio, es presupuesto (insuficiente, pero necesario) de la objetividad de dicha Administración en tanto que sujeto, es decir, de su funcionamiento interno conforme a la cualidad de «objetivo» y, por ende, de su actuación externa.

- 2º. La forma de la administración: burocrática o participada (mediante intervención directa o a través del mecanismo de la representación) de administración (con múltiples variantes intermedias: mecanismo de la representatividad, fórmula de la autoadministración). La elección en este aspecto organizativo se ofrece íntimamente conectada con la relación entre la política y la administración, la profesionalización o no de las funciones públicas y el tipo de construcción orgánica interna (preferentemente con órganos unipersonales u órganos colegiados). Es evidente también aquí que esta elección no es inocua para la objetividad.
- 3º. La diferenciación o no de la administración concreta de que se trate, de la que depende el carácter dirigido y la construcción jerarquizada de la nueva organización o su menor o mayor autonomía funcional e, incluso, independencia. Tampoco aquí la decisión es, con toda evidencia, irrelevante para la objetividad.

b) Aunque en principio otra cosa pudiera parecer, el estatuto del personal, es decir, del medio personal a través del cual adquiere vida y operatividad la organización administrativa no es dissociable, al menos enteramente, de las características del fin y, por tanto, del objeto específico de la organización. Lo cual quiere decir que tampoco es enteramente separable de la solución adoptada respecto a esta última.

Aquí, sin embargo, lo decisivo no es tanto el régimen jurídico, público o privado (estatutario-funcionario o laboral, en la disyuntiva clásica), de la relación de servicios con la organización, cuanto más bien que ésta, por sus características, sea capaz de asegurar debidamente el cumplimiento de las tareas y funciones correspondientes con fidelidad a la racionalidad específica que comporta el principio de objetividad. Quiere esto decir que:

- El sistema de reclutamiento del personal debe ser idóneo para garantizar el acceso a las tareas y funciones de personas con los conocimientos y las habilidades, en definitiva, las cualificaciones requeridas por aquéllas (es decir, orientarse exclusivamente por los criterios de mérito y capacidad, salvo para los puestos o cargos en que deba primar la confianza, si bien ésta no debe desplazar tales criterios sino en lo indispensable).
- El tipo de relación establecida para la prestación de servicios en cada caso ha de permitir el suficiente grado de profesionalización



de la organización, lo que tiene evidente conexión con la política de la organización.

- El personal ha de quedar sujeto, en todo caso, a i) un sistema de incompatibilidades que garantice no sólo su dedicación, sino su compromiso exclusivo con el o los intereses servidos por la organización; ii) al juego, en casos concretos, de las técnicas preventivas de la abstención y recusación y de la potestad represiva disciplinaria.

B) La actuación administrativa:

- a) La actividad real, técnica o material ha de desarrollarse de forma tal que, además de tener la calidad debida, no implique discriminación alguna en los destinatarios, es decir, cumpla el estándar de igualdad de trato.
- b) La actividad de carácter jurídico, sobre cumplir los requerimientos propios de la anterior, debe, cuando tenga por objeto la adopción de una precisa decisión (sea norma o acto concreto), producirse observando el procedimiento predeterminado a tal fin.

La Constitución española es un buen ejemplo de la trascendencia que para la objetividad tiene sin duda este requerimiento: le otorga relevancia constitucional al reservar a i) la Ley formal la regulación del procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general y el dictado de actos, imponiendo por sí misma, además, ciertos trámites (art. 105), y ii) precisamente a la Ley del Estado central la ordenación de un procedimiento común (a todas las Administraciones públicas), sin perjuicio de las especialidades organizativas de las distintas organizaciones dotadas de autonomía territorial (art. 149.1.18).

La ordenación misma de cada procedimiento administrativo condiciona igualmente la objetividad. Aún cuando altamente dependiente, como es natural, de la materia y, por tanto, del objeto, es posible la decantación de exigencias mínimas a toda actividad formalizada (de donde surge la tensión clásica entre procedimiento general y procedimientos especiales) y a tipos de procedimientos, tales como los de carácter sancionador (en el que es clave la separación entre las fases de instrucción y de decisión), selectivo de personal (en el que es capital la independización de la fase de valoración de los candidatos y, por tanto, de la propuesta de nombramiento, a efectos de garantizar un correcto, es decir, objetivo reclutamiento) y de contratación -en particular de obras, suministros, servicios y asistencia técnica- (en el que es crucial la misma

independización anterior para salvaguardar la objetividad en la ponderación y valoración de las ofertas y la consecuente selección del contratista más idóneo).

Con carácter general puede decirse que la ordenación de todo procedimiento ha de asegurar:

- i) La recogida de toda la información necesaria para una correcta resolución y, por tanto, comprender todos los trámites precisos a tal fin, especialmente los que impliquen aportación de opiniones relevantes, es decir, dictámenes e informes, pero también de otros elementos de juicio, como los de práctica de pruebas.

Fácilmente se comprenden los términos en que la objetividad está aquí comprometida. De la información aportada al procedimiento depende la correcta determinación de los hechos y, por tanto, también de la recta aplicación del Derecho. Sabido es que ambos aspectos -fáctico y jurídico- no son en verdad separables en el proceso de ejecución normativa en general y en la administrativa en particular.

- ii) La posibilidad de la adecuada defensa de todas las situaciones jurídicas individualizadas afectadas (derechos subjetivos e intereses legítimos).

Es éste quizás el elemento procedimental más decisivo para la objetividad de la actuación administrativa, como no precisa de mayor argumentación. Por ello mismo, la Constitución española [art. 105, a) y c)] impone directamente, al reservar a la Ley la regulación del procedimiento administrativo, la previsión de la intervención de los ciudadanos -directamente o a través de organizaciones que tengan reconocida la representación de los correspondientes intereses sociales- en el dirigido al dictado de disposiciones de carácter general, así como la audiencia de los interesados en el que tenga por objeto la adopción de actos administrativos concretos.

- iii) La suficiente y adecuada consideración y valoración de toda la información, es decir, todos los elementos de juicio relevantes y la correcta ponderación de todos los derechos e intereses comprometidos, lo que debe traducirse en una razonable motivación de la decisión final.



En este elemento, cuya importancia para la objetividad no es necesario ponderar, se manifiesta la estrecha relación entre organización, funcionamiento interno de ésta y medios personales que la actúan, de un lado, y actividad externa de la organización, de otro lado, pues la idoneidad de los primeros es condición de la bondad y, por tanto, de la verificación con objetividad de las cruciales operaciones finales del procedimiento de que ahora se trata.

En suma, pues, la objetividad no es una norma (principio o regla) más de las que rigen la Administración pública en su doble dimensión subjetiva y objetiva. Está y opera en un plano superior a las normas de aplicación a la misma, definiendo y presidiendo su entero estatuto, en tanto determinante del modo específico de ser y funcionar de la organización como sujeto y de actuar ésta al servicio del interés general, es decir, los términos de la actuación administrativa en cuanto tal. Lo que quiere decir que es la nota definitoria por excelencia de la función constitucional ejecutiva en su dimensión administrativa.

**EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Miguel Casino

EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Miguel Casino
Profesor de la Universidad
Carlos III de Madrid.

Mis primeras palabras han de ser forzosamente de agradecimiento. Agradecimiento que quisiera hacer explícito en la Fundación de Derecho Administrativo y, particularmente, en las personas de su Presidenta, Dra. Belén Ramírez, y del Profesor Brewer-Carías por la amable invitación que me han cursado para reflexionar junto a tan insignes colegas (aunque por razones obvias mejor debiera decir maestros) y por supuesto también junto a todos Ustedes sobre los importantes y sugerentes problemas que nutren el título de estas jornadas.

Entrando sin mayores preámbulos en el objeto de la intervención que me corresponde bien cabe comenzar resaltando la dificultad del encargo. Ciertamente la eficacia y, sus hermanas, la efectividad y la eficiencia o productividad de la Administración representan hoy monedas de cambio corriente en el lenguaje ordinario y, por supuesto, están presentes también en la ciencia jurídica. Pese a su empleo generalizado, y la expresión de juicios rotundos -por lo común negativos- que desde tales conceptos se formula sobre la Administración y su actuación, es lo cierto que la eficacia continúa demandando aún una elaboración específica de su significación y alcance en el mundo de las actividades públicas (sin que por eso mismo falte, incluso, quien postula su condición de mera declaración programática carente de contenido jurídico preciso).

El paso a primer plano de la eficacia en el mundo jurídico-administrativo obedece en lo fundamental a la evolución misma del Estado hacia su condición social y, en su virtud, por razón de la creciente y transcendental importancia que tiene para la sociedad actual la acción del Estado y, en particular, de la Administración, en tanto que instrumento interno, constante y regular de la acción estatal para la ejecución del ordenamiento y la configuración de las condiciones de vida social.

En el plano jurídico, la caracterización de nuestro Estado democrático de Derecho actual, como *social* supone la definitiva superación de la sustancial independencia entre Estado y sociedad propia del Estado liberal burgués del

siglo XIX y la incorporación al estatuto del entero poder público constituido del deber jurídico de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que éste se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Esta evolución hacia el Estado social responsabilizado de las condiciones y necesidades colectivas ha colocado a éste (y, en particular a la Administración) en un preciso orden constitucional y le ha proporcionado un nuevo e importante impulso. Nuevas coordenadas que en el plano de la realidad han determinado tanto el incremento espectacular de las responsabilidades atribuidas a la Administración como la intensificación y la diversificación de sus funciones y tareas.

De ahí que no basta ya al Estado la legitimación que le presta el origen democrático del poder y su sujeción al Derecho, sino que le es preciso justificarse también permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales. En síntesis, a la exigencia tradicional de legitimación democrática y de legitimación por el Derecho se le suma ahora la de legitimación del Estado social, es decir, la que proviene de la eficacia en la resolución adecuada de los problemas y conflictos sociales.

En estas condiciones no es de extrañar, pues, que la propia norma fundamental haya incluido, como elemento constructivo del estatuto constitucional del poder público administrativo, el principio de eficacia. El art. 103.1 CE establece, en efecto, que la Administración sirve con objetividad al interés general y actúa conforme, entre otros, al principio de eficacia con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. La norma fundamental impone, pues, que la Administración y su actividad han de ser eficaces, esto es, han de producir resultados efectivos.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (en particluat SsTC 22/1984, de 17 de febrero; 27/1987, de 27 de febrero y 178/1989, de 3 de noviembre) el aludido principio de eficacia de la actuación administrativa consagrado en el art. 103.1 determina:

- Su condición de principio esencial que traduce un bien jurídico constitucionalmente protegido, a saber: la realización material de los fines y objetivos expresados en el ordenamiento jurídico. El referido valor o bien protegido está conectado con el orden de valores superiores consagrado en el art. 1.1 CE y, singularmente, con el superior del Estado social y los que inmediatamente derivan de él.



A ello se ha referido el Tribunal Constitucional en los siguientes y rotundos términos:

«si la Constitución proclama en su art. 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente».

- El carácter incondicionado de la realización efectiva de los intereses generales, pues la producción de dicho resultado o consecuencia no está condicionada al cumplimiento eventual (propio de la estructura de las normas) de un determinado hecho. Con todo, en la eficacia querida constitucionalmente están implícitas dos condiciones: la predeterminación de los fines (esto es, de los intereses generales de cuya realización efectiva justamente se trata) y la de la organización y articulación asimismo correctas de la Administración, en la medida que una organización adecuada, incluida la de sus medios personales y materiales, es presupuesto mismo de la eficacia de la actuación administrativa.
- La identificación del sujeto responsable de la actuación precisa para la realización del interés general y que no es otro, conforme acredita la referencia subjetiva que contiene el art. 103.1 CE, que la propia Administración pública. Esta identificación comporta de suyo que el principio expresa un mandato y un deber vinculantes para la Administración de actuación eficaz.
- Finalmente, en tanto que criterio de la entera actuación administrativa, la eficacia engloba necesariamente la exigencia de eficiencia en tanto que al realizar el interés general conforme a Derecho, la administración ejecuta programas de gasto, debe responder a los criterios de eficiencia y economía en la ejecución del gasto público (entendidos como la mejor gestión posible en términos de relación medios a fines). La eficacia reclamada por la Constitución es, pues, una eficacia eficiente.

En los términos que acaban de concretarse, la eficacia puede definirse en su consecuencia como principio jurídico determinante de la realización del interés general de que en cada caso se trate, y que se predica de modo incondicionado del sujeto obligado (la Administración) a través de su actuación (que ha de ser eficiente).

Sin embargo, es claro la Administración y su actuación se inscriben en el más amplio sistema de la acción estatal del que forman parte. Consecuentemente, como minuciosa y convincente ha razonado el Prof. Parejo, las características y circunstancias actuales en que ésta última se desenvuelve y produce no pueden dejar de incidir sobre el principio de la eficacia administrativa. Condicionantes que, en lo que importa y siguiendo al referido autor, pueden resumirse ahora en los siguientes:

- i) Por lo pronto, y comoquiera que la eficacia es al servicio del interés general, es claro que los términos de la definición del interés general establecen los de la actuación eficaz. En este punto, sin embargo, no puede dejar de destacarse la complejidad y vastedad en que se desenvuelve el proceso de definición del interés general, y, por tanto, la creciente dificultad de una adecuada programación legal de la Administración y su actuación. En un contexto social tan complejo y en constante renovación como el actual, la capacidad de una definición adecuada de los fines u objetivos, así como de los medios, de la actuación administrativa mediante regulaciones legales se ofrece cuando menos conflictiva. No es infrecuente así que las leyes fijen fines irreales por relación a la efectiva capacidad administrativa o, sencillamente, establezcan otros sin simultánea consideración de la necesaria dotación de medios idóneos o, en fin, que definan unos y otros de forma imprecisa, cuando no confusa o contradictoria o incluso claramente desfasada.

Más aún, el propio interés general o público ha dejado de ser una categoría unívoca. La profunda descentralización del poder público genera la diversificación y el alumbramiento de una pluralidad de intereses públicos (en sentido subjetivo) no necesariamente coincidentes entre sí y concurrentes en la determinación del interés público general o único en sentido objetivo. Aparte queda el hecho de la crisis del interés público como categoría clara y tajantemente opuesta al interés privado. La contraposición ahora es más bien entre el interés general y el particular.

Lógicamente tales circunstancias condicionan el desarrollo del principio de eficacia y deben ser tenidas en cuenta a la hora de enjuiciar el cumplimiento del referido deber de actuación administrativa eficaz.

- ii) Al mismo tiempo, la idea del progreso indefinido, apoyada en la idea asimismo del desarrollo económico ilimitado y, en su virtud, la consecuente disposición del Estado de los recursos suficientes para atender la referida expansión de sus responsabilidades, ha quebrado por razón del



agotamiento del esquema propio de tal crecimiento, que viene provocado en lo fundamental por la actualización de la crisis económica y la agudización de sus efectos, particularmente por lo que hace a la limitación de los recursos públicos disponibles. De ahí la crisis del Estado fiscal y la vigencia del debate que apunta directamente a la reducción de la extensión o intensidad de la responsabilidad social del Estado y, en todo caso, al replanteamiento de los términos de ésta.

- iii) El Estado y la Administración se encuentra así enfrentado a un reto de adaptación a la realidad social. Renovación que encuentra su centro de gravedad en la campo propio de la Administración pública como instrumento primario en la acción de configuración e integración sociales. Sin embargo este proceso de adaptación se ve lastrado por un poderoso factor de distorsión, derivado de la combinación de la lentitud en la reconstrucción del sistema actual (que continúa asentado básicamente sobre las técnicas y categorías tradicionales propias y, en todo caso, más vinculadas al Estado de Derecho, y, por ende, más preocupadas por el sistema de frenos que por el de impulso), de un lado, y la dinamicidad de la evolución económico-social que, como comprobaremos más adelante, se ofrece en ocasiones incompatible con la dinámica y lógica estatales.
- iv) En estas condiciones, se explica mejor el desprestigio continuo de la cultura de lo público, especialmente de la formalizada jurídicamente (percibida como rígida, lenta e inadecuada y, por tanto, enemiga de la eficacia), frente al prestigio del sistema privado (percibido por contra como eficaz, por flexible, ágil y capaz de responder y amoldarse inmediatamente a los cambios) y, por ende, el progresivo afianzamiento de la lógica de éste último como parámetro de referencia y medida. En este contexto el Estado social resulta sometido a una doble tensión en la su doble condición de poder y agente económico desarrollada por el mismo. En cuanto agente económico, dicha tensión deriva de su exposición a una directa y plena comparación con el sector privado de la economía, que se viene saldando con la racionalización y el saneamiento del sector público, cuando no con la privatización del mismo; en cuanto poder, la que resulta de la presión crítica, constante y creciente de la misma sociedad sobre la organización y funcionamiento estatales que viene dando lugar -entre otros fenómenos quizás menos llamativos- a reconsideraciones de la función estatal de ordenación social como la que supone la llamada «desregulación» y al surgimiento de nuevas formas tanto de organización como de acción públicas. En tal proceso se inscribe

desde luego el conocido fenómeno de la «huida del Derecho público» que ejemplifica quizás como ningún otro el rechazo por las fórmulas tradicionales de ordenación del comportamiento administrativo y su sustitución entusiástica, casi ciega, por las formas y técnicas de personificación y actuación características del Derecho privado.

Incidentalmente importa subrayar que probablemente lo más sorprendente de este proceso de exaltación del modelo privado no sea ya tanto su importación acrítica al mundo de lo público, sino más bien la justificación de la aplicación de las reglas propias de la economía empresarial y, por tanto, la explícita aceptación de la imputación tópica de rigidez, ineficacia y burocratización inherentes al régimen administrativo, hecha por quien (el propio poder público, el Estado) lo determina y tiene, por tanto en su mano su actualización y por tanto adaptación a las necesidades para las que se dice inadecuado. Esta circunstancia está resumida en términos muy ilustrativos en la Exposición de Motivos de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, cuando, a la vista de la experiencia acumulada, justifica la reforma institucional que contiene afirmando que «se ha preferido eliminar las rigideces propias de la función y estructura administrativa para hacer compatible la prestación del servicio encomendado al estado con los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial que en los puertos se debe desarrollar».

Lógicamente todo lo dicho hasta ahora vale y se predica igualmente sin más de la eficacia en el procedimiento administrativo, pues ésta no es sino la eficacia misma de la Administración, sólo que de un específico aunque extenso tipo de ésta: la que tiene por objeto la acción administrativa formalizada y con relevancia jurídica inmediata, esto es, la que se desarrolla con arreglo a un determinado cauce formal y se dirige a producir directa y derechamente un efecto jurídico a través de un acto jurídico formal. En estas condiciones, es claro que las características, el contenido y alcance del principio de eficacia de la Administración apuntados anteriormente no pueden dejar de incidir decisivamente en la precisión de la cuestión de la eficacia en el procedimiento.

De todas formas, la propia especificidad del procedimiento, en tanto que cauce formal para el desarrollo de la referida actividad administrativa formalizada, presenta perfiles propios y, en tal forma, susceptibles de singularizarse.

Para empezar es claro que el procedimiento legal es también un bien jurídico - claramente conectado al principio superior del Estado de Derecho- no sacrificable



en función de la eficacia. La actuación administrativa eficaz querida constitucionalmente sólo puede ser, pues, la que se ha cumplido observando el procedimiento legalmente señalado para la misma.

Aflora así, en primer término, la tensión dialéctica entre eficacia y legalidad en el seno del procedimiento administrativo y que está presente en la lógica institucional del propio procedimiento. Es sabido que éste cumple, en efecto y en lo que aquí interesa, dos fines primordiales: Por un lado, el de permitir dar satisfacción a las necesidades colectivas de una forma rápida, ágil y flexible (atención aquí, pues, al principio de eficacia de la actuación administrativa). Por otro, y sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento cumple también un fin de garantía en cuanto cauce -como ha quedado ya apuntado- de la acción administrativa con relevancia jurídica directa y, en tal forma, susceptible de incidir en la esfera de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y, en general, terceros (atención, pues, aquí al aludido otro polo de la tensión).

La Exposición de Motivos de la anterior Ley de Procedimiento de 1958 condensaba perfectamente esta idea al subrayar que «la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil, y flexible, *que permita dar satisfacción a las necesidades públicas sin olvidar las garantías debidas del administrado*».

Pese a esta explícita apelación a la armonización y, por tanto, compatibilización entre ambos bienes o valores, no es infrecuente sin embargo que ambos principios -legalidad y eficacia- se intenten presentar en el plano procedimental (en forma semejante a lo que sucede en el plano sustantivo de la definición del estatuto constitucional de la Administración pública)- como términos opuestos entre sí. A este enfrentamiento responde, en particular, la presentación de una Administración que busca -a través de la discrecionalidad- un espacio de decisión propia y, por tanto, de actuación eficaz, de un lado, y los ciudadanos, de otro, que ven en dicha autonomía una agresión a la legalidad y, por ende, al pleno sometimiento a la Ley y el Derecho.

Esta pretendida contraposición entre eficacia y legalidad resulta desde luego insostenible. Al igual que no existe contraposición irreductible, y sí sólo tensión dialéctica -en continúa composición en el seno del orden constitucional- entre los valores superiores del Estado de Derecho y Estado social, tampoco la hay (en el plano de que ahora se trata) entre aquéllos principios. Pues el problema de la eficacia en el procedimiento no consiste en optar entre uno de los elementos de la disyuntiva (Derecho o eficacia), sino en detreminar las condiciones en

que la actuación formalizada de la Administración, siendo conforme con el cauce legal establecido para su desarrollo, sea también efectiva.

Pero también en el plano de la realidad el comentado dilema entre eficacia y legalidad no sólo resulta asimismo falso sino que, incluso, bien puede formularse en términos rigurosamente opuestos. En ocasiones, en efecto, la Administración no sólo rehúsa buscar ámbitos permisivos de una mayor libertad de decisión propia, sino que deliberadamente se refugia en la más escrupulosa y estricta legalidad.

Este fenómeno, estudiado entre nosotros con su singular agudeza por el Profesor Nieto, ha encontrado en fechas recientes (al menos en España) un inestimable caldo de cultivo en el fenómeno no menos llamativo de la creciente exigencia de responsabilidad a las autoridades y funcionarios públicos (particularmente intensa y apreciable en los campos de la responsabilidad penal y civil). Este fenómeno plantea desde luego muchos e interesantes problemas que aquí no pueden ser abordados. Baste subrayar el hecho de que, aunque ambos tipos de responsabilidad responden -cuando menos en principio- a motivaciones esencialmente distintas, confluyen sin embargo en su resultado: la presencia de los Tribunales es una amenaza que acaba retrasando, cuando no paralizando, los expedientes y consceuentemente su resolución. Ante el riesgo de incurrir en un error legal y, en su virtud, acabar un día sentado en el banquillo de los acusados, los funcionarios públicos extreman las cautelas y ajustan su actuación a la más escrupulosa legalidad, en la confianza de poder eludir así la interposición de demandas intempestivas.

Por más que en un principio pudiera pensarse lo contrario, esta tensión entre eficacia y legalidad, no es ajena tampoco ni mucho menos a la actividad denominada material, real o técnica. Antes al contrario, supuestos típicos de ésta, tan frecuentes como pueden ser la actividad policial o, en el ámbito de la Administración prestacional, la actividad sanitaria ejemplifican a la perfección la referida distorsión, inductora en la práctica de comportamientos administrativos claramente defensivos (hoy, por ejemplo, ya se habla de forma gráfica de la práctica de una «medicina defensiva» por miedo a las demandas civiles).

En todo caso, fácilmente se comprende de lo dicho la dificultad misma de la situación presente para la Administración y, en su consecuencia, la dificultad también para definir el criterio estimativo o valorativo de la actividad administrativa en que consiste justamente la eficacia.



De otro lado, la enorme heterogeneidad de la actividad administrativa formalizada impiden de suyo un estudio, siquiera principal y sintético, de todos los problemas que plantea, desde el punto de vista procedimental, la consecución de la eficacia querida constitucionalmente en cualesquiera circunstancias y referida a cualquier tipo de actuación administrativa formalizada. Pues ni que decir tiene que el procedimiento en materia, pongo por caso, de becas es muy distinto del que regula la actividad sancionadora, y el de éste a su vez es muy distinto también del correspondiente en materia de autorizaciones administrativas e, incluso, el de los distintos tipos de éstas entre sí. Resulta, pues, forzoso optar por una determinada perspectiva, a fin de acotar el objeto de la reflexión en términos adecuados.

A tal efecto, me ha parecido conveniente centrar la atención en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, en la medida que establece la ordenación de la actividad formalizada de todas las Administraciones públicas según un procedimiento común y, por tanto, en tanto que contiene la determinación del marco legal de cualquier ordenación procedimental posible.

Antes de entrar en el análisis así anunciado alguna consideración general parece oportuna. En primer lugar, importa destacar la amplia libertad de que dispone el legislador ordinario en punto a la determinación normativa de las técnicas que se estiman mejor pueden contribuir a la eficacia en el procedimiento. El Tribunal Constitucional refiere esta ductilidad del principio y, en su consecuencia, reconoce abiertamente que el referido principio de eficacia es susceptible de diversas concreciones, correspondiendo al legislador ordinario (con amplia libertad de configuración en el proceso de desarrollo de la norma fundamental) «la decisión... respecto a aquellas normas, medios o instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia» (STC 22/1984, de 17 de febrero).

Lógicamente de entre las diversas opciones legítimas a la hora del diseño del procedimiento administrativo la ley ha de optar por aquella que mejor convenga a la eficacia de la Administración pública para la realización del interés general de que en cada caso se trate. En tal sentido, puede anticiparse, que la LRJPAC responde en su planteamiento y líneas generales a una opción efectuada en tales términos, por más que en algún caso sus propuestas puedan ser discutibles.

En segundo lugar, el análisis que sigue, hecho en lo fundamental sobre un repaso al contenido dispositivo de la citada Ley 30/1992, sólo se detiene en los principios y reglas más reseñables y, en todo caso, en aquéllos que más directamente traducen la eficacia de la Administración pública y, por tanto, toman pie en la

consideración de ésta como acción justamente administrativa que ha de ser eficaz en el seno del procedimiento legalmente establecido.

- i) En la LRJPAC existen, de un lado, un conjunto de reglas específicas que destacan la posición directiva que posee la Administración en el seno del procedimiento y, por tanto, la disposición que aquélla tiene sobre éste, en tanto que sujeto encargado primaria y constitucionalmente de la tutela y realización de los bienes e intereses que se hacen presentes en el procedimiento. La especificidad de esta disposición está implícita en la construcción misma de la Administración como actuación servicial y sistemática de realización efectiva y continuada del interés general y, por tanto, de la opción constitucional por el régimen administrativo y, en definitiva, de la exigencia de la eficacia de éste.

Se explica así que la LRJPAC conceda a la Administración en cada caso actuante facultades para:

- a) apreciar previamente la conveniencia o no de la apertura del procedimiento.
- b) iniciar e impulsar éste de oficio en todos sus trámites y, por tanto, dirigir las actuaciones procedimentales, responsabilizándose de su tramitación y adoptando las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o la normal tramitación de los procedimientos; y a tal efecto, aunque sin ánimo de exhaustividad:
- incoar de oficio el procedimiento;
 - acordar la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia
 - requerir a cualquier interesado la mejora de la solicitud, la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos u otros elementos de juicio necesarios;
 - adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, siempre y cuando existiesen elementos de juicio suficientes para ello;
 - proceder al despacho ordenado de asuntos, impulsando y dando celeridad a los procedimientos;



-
- acordar en un sólo acto todos los trámites que por su naturaleza admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo;
 - instruir, acordando de oficio los datos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de lo cuales deba pronunciarse la resolución;
 - acordar por iniciativa propia la apertura de un período de prueba o de información pública.
- ii) En el seno del procedimiento, el principio constitucional de eficacia postula asimismo en favor de la economía procedimental; principio éste que constituye conforme a lo comúnmente aceptado una de las manifestaciones más genuinas de la eficacia. Las manifestaciones técnicas de este principio procedimental son igualmente muy diversas aunque por lo que ahora importa pueden clasificarse en dos grandes bloques.
- a) De un lado, a tal principio responden, por lo pronto, todas aquellas reglas que persiguen en general la evitación de trámites inútiles o la reproducción de actos ya realizados y, en particular, las siguientes:
- el establecimiento de modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de expedientes.
 - la acumulación de procedimientos entre los que exista una identidad sustancial o una íntima conexión
 - la refundición en un único acto de todos aquéllos que posean la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias (art. 55.3).
 - la supresión del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos no otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.
- b) Y de otro lado, el comentado principio de economía procesal postula la reducción de las nulidades por razón de infracción de las

exigencias procedimentales y, en su virtud, la conservación en su caso de aquellas actuaciones que adolezcan de algún vicio de forma o procedimiento siempre y cuando «el nuevo acto o resolución que se dicte, una vez subsanado el posible defecto formal, haya de ser idéntico en sentido material al anterior» (entre otras muchas: SsTS de 28 de julio de 1986 y de 10 de mayo de 1989; Arzs. 6896 y 3863, respectivamente). Así lo reconoce una constante y unánime doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo cuando refiere tal conclusión (condensada en el referido principio de economía procesal) a la necesidad de que «los trámites procedimentales (...) nunca deben ser instrumentalizados como hitos formales obstaculizadores del procedimiento» (STS de 30 de noviembre de 1993; Ar. 1230 de 1994).

En tal sentido y de modo congruente con la citada doctrina jurisprudencial, la Ley española establece por su parte ciertas reglas, de entre las que cabe ahora desatacar las siguientes:

- los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados.
- la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo señalado para las mismas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.
- la Administración puede convalidar sus actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.
- en cualquier caso, la nulidad o anulabilidad de un acto no implica el de los sucesivos que sean independientes de aquél ni afecta a aquéllas partes del acto no viciadas.
- por último, la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en los que concurren motivos de abstención no determina necesariamente y en todo caso la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

Todas estas reglas legales traducen y trasladan al plano procedimental el meritado principio de eficacia y, en tal forma, expresan también un concreto resultado de la composición, armonización y por tanto compatibilidad que de modo continuo impone la relación dialéctica que



existe entre legalidad y eficacia, en el contexto de los valores, bienes y derechos proclamados por la Constitución.

- iii) Finalmente, que no desde luego en último lugar, el principio de eficacia de la Administración demanda asimismo una respuesta por parte de ésta y, sobre todo, una respuesta en plazo. Ciertamente difícilmente cabe cuestionar en línea de principio la obligación que pesa sobre la Administración de responder y, por tanto, de resolver el correspondiente procedimiento dentro de un plazo razonable.

Sí es criticable en cambio la opción legal en que la Ley procedimental española concreta y resuelve dicha obligación. Como Ustedes ya conocen, una de las medidas más destacadas -por no decir la más sobresaliente- de la Ley 30/1992 consiste precisamente en acentuar notablemente el simple activismo de la Administración (en la línea de primar la acción para la producción de resultados -actos administrativos- como clave del éxito y, en su consecuencia por las razones dichas, de la eficacia) mediante la fijación de un plazo-común máximo de tres meses. Como fácilmente puede advertirse, la regla así dispuesta se encuentra (desde la ponderación de los bienes en presencia de la que se reclama resultado) claramente inclinada del lado de la tempestividad y mayor prontitud de la acción administrativa en detrimento de su bondad o calidad (esto es, al margen o incluso a pesar de la determinación y realización sustantivas del interés general presente en el procedimiento).

Desde esta última perspectiva, lo único realmente decisivo en la economía de la Ley bien parece ser, pues, la producción de un acto, ya sea éste expreso o presunto. Se explica así la pretensión del proyecto de reforma de la citada Ley (actualmente en avanzado estado de tramitación parlamentaria) de clarificar el efecto principal de la no resolución dentro del plazo máximo mediante la equiparación plena que establece entre acto expreso y acto presunto estimatorio, y cuyo artículo 43.3 expresa ahora en los siguientes rotundos términos: «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Y de ahí también, consecuentemente, la resuelta posición que adopta la Ley en favor del sentido estimatorio de lo pedido en los procedimientos iniciados a instancia de parte.

De todas formas, y por más que en efecto el texto legal resulte en tal forma criticable, es lo cierto que la opción seguida en este caso por el legislador español bien puede explicarse y hasta justificarse a la luz de las dos siguientes circunstancias:

La primera, aunque más propia de la sociología jurídica, refiere la extensión generalizada que entre nosotros parece que alcanza el incumplimiento administrativo de los correspondientes plazos para resolver. Así al menos lo acredita el elevado número de quejas que los ciudadanos elevan año tras año ante el Defensor del Pueblo (institución que conforme a su ley reguladora le corresponde entre otras funciones la de velar porque la Administración resuelva en tiempo y forma, esto es, eficazmente, las solicitudes y recursos que se le planteen), y que como el propio Defensor reconoce aventajan con mucho al sentido del resto de quejas formuladas. A tal efecto, bien ilustrativo resulta el caso de un Ayuntamiento que reunido para resolver el recurso administrativo interpuesto por un ciudadano acordó por unanimidad «contestar con el silencio administrativo». Aunque ciertamente exagerado, casi esperpéntico, supuestos como éste no parece que sean por desgracia del todo infrecuentes.

La segunda circunstancia a que antes aludía es ya de otro porte, sin duda mucho más complejo, y alude a la enorme transcendencia que para la vida social tiene la rapidez y tempestividad de la acción administrativa, pues ésta se ha convertido en factor ciertamente relevante de la funcionalidad misma del sistema económico y social, al punto que como bien ha señalado el Profesor Parejo el tiempo estatal y el tiempo social se condicionan entre sí de forma relevante y decisiva.

Por citar solamente un ejemplo cercano a mi experiencia diaria, el estudiante necesita conocer a tiempo si ha obtenido el preceptivo traslado de expediente o la convalidación de la asigantura al objeto de poder formalizar adecuadamente la correspondiente matrícula académica. Si de la vida social pasamos ahora a la vida estrictamente económica o industrial el peso de la actividad administrativa es si cabe aún mayor, pues la organización y el desarrollo de tales actividades requieren por lo común de la previa autorización administrativa. En este terreno es probablemente, como ha puesto de relieve el Profesor M. Bullinger, donde la asincronía entre el tiempo estatal y el tiempo social se revela más intensa y, por tanto, necesitada de una respuesta adecuada.

La Administración y la economía parecen vivir, en efecto, ritmos temporales distintos. El empresario debe, si no quiere sucumbir ante la competencia, reaccionar velozmente frente a las señales del mercado y, en su virtud (y por ajustarme a la primera de las hipótesis legales manejadas por el art. 43.2), renovar o ampliar sus instalaciones productivas con rapidez. Por contra, la actuación de la Administración autorizante responde a otros impulsos y requerimientos: debe verificar meticulosamente la conformidad legal del proyecto, solicitar informes y dictámenes de otras autoridades o entidades; oír



al resto de las Administraciones en su caso implicadas y a los ciudadanos afectados, por lo común portadores de intereses enfrentados al del solicitante. Actuaciones que inevitablemente consumen tiempo y que consecuentemente determinan la prolongación del correspondiente procedimiento autorizador, en ocasiones en forma incompatible con los intereses de la empresa solicitante, que ha de comprobar impasible cómo la propia dinámica del mercado le adelanta y supera. Por ello, las inversiones o no llegan a materializarse o se trasladan hacia otros países, con la consecuente pérdida de puestos de trabajo, ingresos fiscales e impulsos económicos.

En esta verdadera encrucijada, el legislador no ha dudado en colocarse del lado del solicitante/empresario, imponiendo a la Administración la obligación de adecuarse al ritmo de aquél y estableciendo a tal efecto estrictos plazos de resolución de los procedimientos; plazos que como ustedes ya saben determinan, según las reglas del silencio positivo, el reconocimiento de la correspondiente solicitud.

No dudo del peso de tales circunstancias y menos aún de su necesaria toma en consideración. En cualquier caso, y por amplio que aquél haya podido ser en la decantación última del modelo legal implantado por el legislador, es lo cierto que el sistema legal así fijado no deja de presentar aspectos discutibles y en particular los siguientes:

Para empezar no deja de sorprender el peso que la Ley otorga, conforme a lo dicho y desde la perspectiva misma de la eficacia en el procedimiento, al factor tiempo, esto es, y en los términos que Uds. ya conocen, a la obligación que pesa sobre la Administración de dictar una resolución dentro del plazo señalado. En la economía y lógica internas de la Ley el valor tiempo bien parece, en efecto, erigirse, en el único criterio de medida válido para determinar la eficacia administrativa. Esta idea luce ya en la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, cuando subraya justamente -y leo textualmente- que «el verdadero objetivo de la Ley es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, *sobre todo*, que la obtengan en el plazo establecido». Por eso mismo que la Ley identifique a continuación inactividad administrativa con una Administración que «no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado».

Si acaso literalmente interpretada, la afirmación legislativa anterior parece apelar a una distinción entre «eficacia» y «celeridad», tal supuesta distinción bien parece por las razones ya apuntadas más aparente que real. Impresión que en todo caso ha venido a confirmar el proyecto de reforma a que antes les aludía

cuando en materia de procedimiento afirma que «para hacer efectiva la resolución se parte de la premisa de que un procedimiento administrativo que no sea ágil y breve es difícil que pueda ser una institución al verdadero servicio de los ciudadanos». Bien se ve, por tanto, lo dicho. El legislador no sólo se coloca resueltamente del lado de los ciudadanos (cuando es claro que servicio a los ciudadanos no es sinónimo necesariamente y en todo caso de servicio al interés general) sino que además lo hace situando indebidamente a mi juicio en el centro mismo de gravedad de tal planteamiento la agilidad y brevedad de la acción administrativa.

En estos impropios términos, ni que decir tiene que la eficacia no puede confundirse ni consumirse en el puro activismo de la Administración en la línea de primar la pura producción de actos administrativos para hacer coincidir ésta con la eficacia. La rapidez de la acción administrativa no es desde luego un valor positivo capaz de imponerse por sí mismo. De resto, en el plano mismo de la realidad, es lo cierto que la rapidez en la acción administrativa no deja de levantar hondas suspicacias, en tanto que puede resultar indiciaria de arbitrariedad.

De otro lado, además, la imposición legal de plazos estrictos de resolución y su garantía mediante el juego del silencio, resulta cuestionable (dados el contenido y alcance generales y absolutos con que se formula) en tanto que anticipa incondicionadamente y sustituye en tal forma el resultado de la actuación administrativa, consistente justamente en la permanente y continuada ponderación de intereses, bienes y valores jurídicos para su armonización en una solución: el acto administrativo, que resuelva en el caso concreto, la complejidad de la estructura que dichos intereses y valores componen. La eficacia querida constitucionalmente es, justamente, la de la actuación de la Administración definida por la Constitución y no, por tanto, la de cualquier otro poder público, por más que éste pueda responder mejor a los requerimientos de ciudadanos concretos en supuestos determinados. Pues la aplicación de tales reglas legales, para ser legítima y poder ser compartida, debería descansar en la perfecta, precisa y armónica definición del interés general sobre la base y a la vista de la necesaria ponderación y jerarquización de todos los bienes y valores que se hagan concurrentes en cada supuesto (circunstancia que obviamente no concurre).

De nuevo emerge aquí, la concentración de la perspectiva de la Ley en la visión clásica de la relación jurídico-administrativa y articulada por el binomio Administración-administrado concreto (el solicitante) y entablada para producir un acto administrativo asimismo concreto, definidor de la situación jurídica de



dicho ciudadano en ese supuesto determinado. Semejante imagen dificulta extraordinariamente la articulación y comprensión de procesos más complejos y multilaterales y, por ende, la definición última y correcta del interés general.

De ahí en suma que, en mi criterio, el principal reproche que cabe hacer a la Ley comentada sea justamente el de no haber extraído todas las consecuencias que para la acción administrativa derivan de las nuevas exigencias que han venido imponiéndose a la Administración pública, básicamente y por lo que aquí importa, desde el principio del Estado social y el principio de eficacia que de él se sigue. Urge, pues, una revisión que repose, sin duda, en la recuperación de la idea de la Administración, no como un mal necesario y menos aún como un poder amenazador o sospechoso, sino como un instrumento positivo, legitimado democráticamente, para la ordenación y configuración sociales, así como el objetivo de la articulación de un sistema administrativo capaz de cumplir con eficacia sus cometidos propios (cualesquiera que éstos sean).

A este respecto, y en el limitado plano de la ordenación procedimental de la actividad administrativa, y como signo de esa renovación y perfeccionamiento urgentes de las pautas, criterios y medios de actuación administrativa, capaces de rendir ésta como eficaz, cabría considerar la conveniencia de introducir nuevos tipos de actos que permitan conjugar con éxito las exigencias de celeridad con las derivadas de la definición correcta del interés general; tales como actos provisionales, actos parciales....

Ejemplo de esto último lo proporciona el caso finalmente resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1988 (Ar. 783). Se trataba, en concreto, de la conformidad o no a Derecho de la aprobación definitiva de un Plan urbanístico municipal que adolecía, en alguna de sus partes, de ciertos defectos legales. La respuesta del Alto Tribunal es a tal efecto bien expresiva: «El principio de eficacia de la actuación administrativa demanda una rápida aprobación definitiva de los planes urbanísticos, lo que se ve facilitado con una aprobación definitiva parcial, [pues] si al llegar el momento de la aprobación definitiva existen obstáculos puntuales que impiden su emanación con carácter total, lo que más respeta la voluntad municipal será la inmediata eficacia del Plan en todo aquello en que resulte éste viable. Tanto las exigencias del interés público, que demandan celeridad, como el respeto a la voluntad municipal, están reclamando la posibilidad de una aprobación definitiva parcial. Tal aprobación sólo será posible cuando el Plan aprobado tenga coherencia cualquiera que sea la solución que se de a los extremos que no se aprueben».

Se trata, obviamente de simples fórmulas o técnicas y, en tal forma, de respuestas parciales, pero que alertan en todo caso ya de la necesidad, casi

urgencia, de articular un sistema administrativo, y esto es verdaderamente lo importante, que posibilite en la mejor forma posible que la actuación administrativa procedimentalizada resulte realmente eficaz y, por tanto, idónea para la satisfacción efectiva del interés general. Lo cual implica de suyo una renovación profunda de las pautas y criterios tradicionales de la acción administrativa formalizada e incluye, en todo caso, el abandono definitivo de la visión de una Administración con frecuencia encajonada entre la legalidad y el control judicial.

**EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA
EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Salvador Leal W.

EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Comentarista: **Salvador Leal W.**
Profesor de la Universidad del Zulia

- I.- Nos corresponde comentar la Ponencia sobre **EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA**, a tal fin vamos a desarrollar nuestra posición sobre el tema para confrontarla luego con la del ilustre expositor. Esto en definitiva significa confrontar la doctrina y jurisprudencia venezolana, es de estilo ahora en Venezuela la continua referencia a las posturas doctrinales de los Tribunales, aún siendo decisiones aisladas o incluso se hace referencia a criterios de sentencias que se contradicen entre sí, con la doctrina y jurisprudencia española.

Por un lado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (L.O.P.A.) de Venezuela vaciada del molde de la Ley de Procedimientos Administrativos española del 58, no como era, sino como la doctrina y los tribunales españoles la veían, de allí que el artículo 19 L.O.P.A. se parezca más al 62 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y Procedimientos Administrativos Común Española de 92, que al artículo 46 de la ley del 58. Por otro lado, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y Procedimientos Administrativos Común resultado de la necesidad de ajustar la actividad de la Administración o la Constitución Española del 78 a la democracia y al Estado Social y de Derecho.

- II.- **¿POR QUÉ EFICACIA?** Se ha querido ver en la eficacia una exigencia más de la globalización y del imperialismo económico, si bien reconociendo que la eficacia no es ajena al Estado Social y de Derecho. Pero el problema no se puede reducir al simplismo de la ideologías.

BERLÍN, fallecido un año atrás, planteaba en una de sus obras que ya la libertad no era entendida sólo en el sentido negativo de ausencia de coacción sino también en un sentido positivo como posibilidad de actuar esa libertad, de allí la referencia a la libertad e igualdad reales y efectivas de la Constitución Española. Los Estados, bajo la influencia keynesiana y amparados en la gran depresión y la guerra se lanzaron en una carrera por satisfacer necesidades colectivas, reales o ficticias bajo la premisa de que los iluminados burócratas sabrían mejor lo que queríamos que nosotros mismos. Gracias a Keynes sabían cómo hacerlo sin pagar, imprimiendo ellos mismos el dinero. Finalmente, en los

años 70 el hipertrofiado Estado de Bienestar que buscaba la eficacia se descubrió ineficiente y quebrado. El Estado, que partía de la idea de que «primero se decide gastar y luego se buscan los ingresos», descubrió finalmente que los recursos son escasos y hay que buscar el máximo rendimiento con la mínima inversión como proclaman los neoliberales. En definitiva la eficacia cuadra con el liberalismo y con el socialismo. Pero el problema real es otro, la democracia cuya legitimidad nace del consenso y apoyo popular, gracias a la indispensable libertad de prensa y el juicio político ve expuesta su ineficacia. Y debe enfrentarse a las tentaciones del autoritarismo que sin prensa libre y sin oposición proclama su eficiencia, en España un ministro de Franco se ufana del Estado de Obras, en Venezuela todavía se recuerda y aplaude al Estado de Autopistas. La eficacia, real o ficticia, comprada con el irrespeto a los derechos y libertades les hace hasta ganar elecciones.

La búsqueda de eficacia que aquí examinaremos, es con mucho, un aspecto limitado de ella, pues nos referimos a su búsqueda en el procedimiento, o en definitiva como evitar convertir en una carrera con vallas al cauce que debe seguir necesariamente la actividad de la Administración. Pero no obviamos, una vez más, que no basta con promulgar las leyes sino que deben aplicarse a quienes activan los procedimientos, quienes son seres humanos que responden a las instituciones, el sistema de incentivos y castigos a que están sujetos. Por un lado el sistema de carrera administrativa y la estabilidad, eliminan todo incentivo de los cuadros bajos de la Administración. Por otro lado la prohibición de reelección del Presidente de la República quita todo incentivo a los órganos superiores que no serán ni premiados ni castigados por su labor, buena o mala. En fin, dada la realidad de los actos en masa, el control judicial es inocuo pues solo una fracción infinitesimal de los actos será realmente objeto de escrutinio judicial. Nada es menos efectivo que la cláusula general.

III.- LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Como nos recuerda NOZICK todo abogado sabe que es imposible que no obstante lo general que una ley se pueda hacer, no es posible prever todas las posibilidades, absurdas incluso, que puedan presentarse y como toda ley puede en un caso dado ser injusta. Eso obliga a poner a disposición del Juez o la Administración un medio de integrar esa laguna, laguna axiológica pues la norma existe. O bien, técnica si no existe. El Código Civil Venezolano pone a disposición del interprete los principios generales del derecho, que tomando prestada la definición del Código Civil Español se distinguen por ser:



- 1° Fundamento del ordenamiento jurídico.
- 2° Ser norma orientadora de la función interpretativa.
- 3° Constituir un elemento de integración de las lagunas de la ley.

Su principal función, en el derecho administrativo, es la de servir y funcionar como mecanismos de control de la Administración en manos del Juez.

En el caso que nos ocupa al ser un principio positivo no quedan dudas de su obligatoriedad, así la exposición de motivos de la LPA española los concebía como:

Verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios.

Y dice el Artículo 30 de la L.O.P.A.:

«La actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad.

Las autoridades superiores de cada organismo velarán por el cumplimiento de estos preceptos cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento».

El legislador mismo va a instrumentar y desarrollar el principio, pero a su vez la Administración o el Juez de lo Contencioso Administrativo pueden recurrir a estos principios para extraer la solución en caso de lagunas, prefiriendo entre las interpretaciones posibles aquella que mejor sirva a la eficacia. Pero los principios son abstractos y generales al grado máximo, lo cual los hace en extremo peligrosos.

IV.- LOS PELIGROS DE LOS PRINCIPIOS

Primero definamos eficacia, entendamos por tal la realización del procedimiento con el máximo ahorro de tiempo, un bien de extremo valor que no se suele apreciar por la Administración cuando es el tiempo del particular y con el máximo rendimiento. En definitiva, eliminar trámites y formalidades innecesarias para la consecución del fin del procedimiento: el acto definitivo.

Pero este principio en Venezuela sólo tiene consagración legal que no constitucional y puede entrar en colisión con derechos constitucionales

especialmente con el derecho a la defensa que es inviolable en todo estado y grado del proceso (Artículo 68 Constitución de Venezuela).

Cuando en procura de la eficacia se actúa sin procedimiento alguno o se obvia la audiencia del particular; o casos como la sentencia A.Z.T. de 1.985, en la cual se dijo en aras del principio :

Estas disposiciones de la Ley del Trabajo ... establecen un mecanismo especial de revisión requerido expresamente por una ley especial como lo es la ley contra despidos injustificados y por lo tanto debe ser aplicado ...

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula igualmente estos recursos y fija las condiciones para su ejercicio. Ello excluye un embargo y la aplicación de reglas legales diferentes, en las materias que constituyan su especialidad cuando esas reglas se revelen más apropiadas para alcanzar los objetivos de economía, eficacia y celeridad que dicha ley enuncia en su artículo 30.

Con lo cual se coloca el principio sobre texto claro de la L.O.P.A., que sólo se hace supletoria en el procedimiento ordinario constitutivo y no en el procedimiento de revisión. Sacrificando el principio de legalidad y la certeza jurídica que la unidad de procedimiento dá en beneficio de la eficacia.

Otro caso de patente contradicción entre eficiencia y legalidad es el de la motivación y su falta.

La L.O.P.A. en su artículo 9 exige que todo acto debe ser motivado, salvo que la ley exima del requisito. Sin embargo, en favor de la eficacia su falta no se sanciona salvo que produzca indefensión, es decir, que ante la falta de expresión de las razones de hecho y del derecho, el particular no pueda saber con base en que vicios debe recurrir. Pero los Tribunales españoles admiten que en la contestación de la demanda contencioso administrativa se presenten nuevos hechos por la Administración, para justificar su decisión, sin importar la violación del deber de motivar pues la eficacia justifica obviar los vicios formales y conocer el fondo del asunto.

En Venezuela contrariamente la motivación no puede ser posterior al acto:

«Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que la motivación o exteriorización de los motivos del acto administrativo, debe estar contenida en el propio acto o precederlo, es decir, que la motivación debe ser concomitante o previa a la emisión del acto..



Si bien bastaría, según los Tribunales, que los motivos estén presentes en el expediente y que el particular haya tenido acceso al expediente para considerarlo motivado. En definitiva, el derecho a la defensa tiene jerarquía superior al principio de eficacia y debe prevalecer no obstante que en ese caso el acto podría ser dictado de nuevo.

La eficiencia por demás puede chocar contra otras necesidades de la actividad administrativa. Primero el ejemplo, luego de una huelga de profesores se llega a un acuerdo con la Administración para un aumento de sueldo que exige la solicitud de un crédito adicional al presupuesto. El Consejo de Ministros lo aprueba y lo envía al Congreso que deberá aprobarlo en sesión conjunta, previo el informe de las Comisiones de Finanzas de las Cámaras. Se envía al Presidente que lo decretará en Consejo de Ministros. Una vez publicado se envía al Ministerio de Educación que lo remite al Consejo Nacional de Universidades, para decidir su reparto.

Luego se devuelve al Ministerio de Educación para que la Contraloría Interna revise las órdenes de pago, que se remiten al Banco Central de Venezuela que pone el dinero a disposición de las Universidades. En éstas los departamentos de nómina, finanzas y contraloría interna deben revisar los pagos antes de dar la orden de pago al banco. Finalmente, luego de dos meses de controles diseñados pensando evitar la corrupción, un profesor absentista cobra su sueldo. En definitiva, como se titula un estudio de la Universidad de Chicago sobre el tema: «La Búsqueda De La Integridad Absoluta O Cómo El Control De La Corrupción Hace Al Gobierno Ineficiente». A pesar de lo difícil que pueda ser aceptarlo en el clima fundamentalista de hoy en día, el costo de combatir la corrupción es alto y se paga en ineficiencia. Como en cualquier otra decisión económica la alternativa no puede ser todo o nada. En este caso además se corre el riesgo de aumentar la corrupción al combatirla. Cada nuevo control, cada nuevo requisito que se introduce añade retrasos, aumenta el tiempo necesario para obtener hasta un pasaporte o una cédula de identidad. Y el tiempo es un bien valioso, menos para los burócratas. El retraso añadido por el control aumenta el incentivo para el corruptor. Ante el aumento de la corrupción, se introducen mas controles, mas retrasos, lo cual incentiva aún mas la corrupción y finalmente se entra en un círculo vicioso.

En conclusión, la tolerancia a un pequeño nivel de corrupción es el costo de la eficiencia. Como prueban el caso Lewinsky y Venezuela la gente común comprende esto. Ante una buena situación económica y una labor que se considera eficaz del gobierno se tolera el delito.

Ante el fracaso del Estado, Venezuela, Japón, Italia, México, se ven arrollados por una rabia anticorrupción. Mientras en tiempos de bonanza toleraron la corrupción de la Administración, sin quejarse jamás.

Por último, una observación de Mises, la eficiencia entendida como celeridad y economía puede ser contraria a la eficacia de una política pública o logro del objetivo buscado. Si el Estado desarrolla una política proteccionista y exige licencias de importación o permisos fitosanitarios, como barreras no arancelarias, el objeto de aquéllas es evitar las importaciones no facilitarlas, allí la ineficiencia es un logro. En 1.994, se estableció en Venezuela un control de cambios y se instituyó como organismo administrador del régimen a la Junta de Administración Cambiaria (JAC). Su primer Presidente creó mecanismos en extremo ineficientes que paralizaron la obtención de dólares lo cual determinó la eficacia de la política. Los grupos de interés que controlan el gobierno en Venezuela lograron que el Presidente de la JAC fuera removido. A partir de allí la labor de la Junta buscó aumentar al máximo la eficiencia de la autorización de compra de dólares, y lo lograron, pero el control de cambios fracasó, pues la salida de dólares fue mayor durante el período del control de cambios que antes de instaurado. En definitiva, la eficiencia impidió la eficacia.

V.- FACETAS DE LA EFICIENCIA

La eficiencia en el procedimiento administrativos es una exigencia tanto del interés público como un derecho del particular. Por un lado, el interés público debe ser servido con rapidez, incluso con urgencia como decía una autor Francés:

«Cuando está ardiendo una casa, no se va a pedir autorización para poder enviar los bomberos»

De allí surgen como consecuencia del principio de la eficacia, la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Al mismo tiempo el derecho del particular exige decisiones rápidas.

Una pareja desea contraer matrimonio, como son dueños de un terreno desean construir una casa, así que deberían solicitar un permiso, constancia de variables urbanas para lo cual acuden a la Alcaldía, donde se les exige, en contra de la L.O.P.A. artículos 45 y 50, cada día un nuevo requisito, luego de años de ir y venir como K en el Castillo, cuando van a conocer sus primeros nietos obtienen el permiso. En el periódico de hoy, un titular dice: «15 mil millones de bolívares para inversión en explotación de oro represado por falta de autorizaciones



ministeriales». Ante esto la Ley y la Doctrina ofrecen distintas soluciones, consideren negada la solicitud y acudan al contencioso administrativo de nulidad o bien intenten un recurso contra la abstención, en caso en que no suceda que por el transcurso de un año el Tribunal que faltó no declare la perención del procedimiento, que no declare la inadmisibilidad por los conceptos injuriosos emitidos en el recurso, por demás justificados, o no declare la extinción del proceso porque el día 15 para consignar un cartel, por demás es facultativo del Juez solicitar la publicación del cartel, el Tribunal no laboró y sus recursos no le permiten habilitar, transcurridos hasta 30 años, si logra superar la prueba de resistencia, el Juez ordenará a la Administración que dicte el acto, sentencia que no puede obligar a cumplir. Si se dicta el acto y es negativo, como Sísifo, de nuevo habrá de recurrirse a la sede del contencioso administrativo para que anule el acto negativo y ordene dictar otro.

Para resolver esos problemas y con el fin de presionar a la burocracia, las leyes españolas y francesas, luego copiadas, en Venezuela crean la figura del silencio positivo, una vez hecha la solicitud la Administración debe resolver caso contrario, lo solicitado se considerará concedido por un acto presunto que la Administración debe certificar. En Venezuela fue consagrado en al menos tres leyes y un reglamento.

Porque la eficiencia como derecho del particular se traduce en figuras que eviten las decisiones inhibitorias y en general, en evitar incidencias que impidan llegar con prontitud a una decisión de fondo.

Por último una consecuencia neutra de la eficiencia es la teoría de las nulidades presididas por el principio *favor acti* que puede tanto beneficiar al particular como actuar en su perjuicio.

VI.- LA EFICACIA como reconoce una sentencia del Tribunal Constitucional español se concretiza en la potestad de autotutela de la Administración pública, de ejecutividad y ejecutoriedad dentro de aquélla. Aunque en Venezuela no pueda afirmarse tajantemente como en España que sea «una consecuencia lógica y necesaria del modelo de Estado Constitucionalizado». Pues en Venezuela el principio tiene rango legal y no constitucional.

Aquí entra en juego la llamada presunción de legalidad, a diferencia de España cuya Ley de Procedimientos Administrativos, modelo de la venezolana si lo consagra, este principio no tiene enunciación expresa en el ordenamiento venezolano. El principio se puede enunciar, todo acto administrativo se presume

válido o legítimo hasta prueba en contrario, y se halla implícitamente en la L.O.P.A. cuando se establecen sus consecuencias.

Así, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando ordena la ejecución inmediata de los actos administrativos a falta de término, en el artículo 79 *ejusdem* cuando autoriza la ejecución forzosa sin requerir de auxilio de los Tribunales ni su legitimación por éstos y en el 87 *ejusdem* cuando establece el carácter no suspensivo del recurso, es decir el cuestionamiento de la legalidad no impide la ejecución del acto, ni aún del acto nulo absolutamente.

Sin embargo, la presunción de legalidad es *iuris tantum* y por tanto se admite prueba en contrario, así los actos pueden ser o serán nulos cuando sean:

«contrarios a derecho, incluso por desviación de poder». (Artículo 206 Constitución Nacional).

Lo cual no significa que no vayan a ser ejecutados, aun en caso de nulidad absoluta.

Este principio ha sido justificado por razones de eficacia, pues permitiría destruir barreras ante la actividad administrativa. O bien en base a las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación del acto. A lo cual al igual que Gordillo no podemos sino oponer el sarcasmo, especialmente en un país donde la tradición autoritaria es tan fuerte como en Venezuela.

Consecuencias de la presunción de legalidad es que la carga de impugnar el acto, recae sobre el particular. Pero se ha extendido a un segundo momento y produce además una inversión de la carga de la prueba, el administrado es quien deberá demostrar que el acto está viciado, posición esta última que comienza a ser criticada. El acto aún el absolutamente nulo se ejecutará. Si bien el funcionario que recibe la orden o el que la ejecute si el acto viola derechos constitucionales estarán obligados a desobedecer o abstenerse de actuar so pena de incurrir en responsabilidad penal *ex* artículo 46 de la Constitución Nacional.

Derivándose de esta presunción la ejecutividad y la ejecutoriedad. La ejecutividad, se establece en el Artículo 8 de la L.O.P.A. cuando dice que los actos administrativos se ejecutarán de inmediato a falta de término establecido y no es sino la cualidad de título ejecutivo del acto administrativo, por lo cual tan pronto se dicta, produce la transformación de la realidad jurídica. El acto es eficaz y si se presenta en juicio conlleva embargo de bienes de inmediato (Art. 197 del Código Orgánico Tributario).



Pero esta cualidad de ejecutividad es común al acto que requiere ejecución y al que no, algunos actos no se agotan en la declaración y aparece entonces la ejecutoriedad, en razón de la cual los actos que deben ser cumplidos mediante actos de ejecución serán cumplidos por la propia Administración. (Artículo 8 de la L.O.P.A.) y que en Venezuela iguala a un segundo momento de la ejecutoriedad que es la ejecución forzosa que no es sino la posibilidad de ejecutarlos, aún contra la voluntad del particular sin requerir la intervención del Juez. (artículo 79 de la L.O.P.A.).

Como se puede observar la ejecución forzosa no es consecuencia siempre de la ejecutoriedad, esta es propia sólo de los actos que requieren ejecución por lo que podemos excluir los actos que otorgan facultades o reconocen derechos. Pero los actos ejecutables pueden ser incumbencia sólo de la Administración como el pago de las prestaciones a un funcionario destituido o remover los escombros de una calle, ambos casos los cubre el artículo 8 de la L.O.P.A. y no hay oposición del particular y son muestras de ejecutoriedad.

Pero si el particular se opone y es necesario vencer su resistencia entra en juego la ejecución forzosa lo cual se contempla en el artículo 79 de la L.O.P.A. cuando autoriza a la Administración a ejecutar de oficio coactivamente sus actos sin requerir participación del Juez.

En Venezuela, la doctrina y la jurisprudencia no hacen esta distinción que aquí hacemos. En España y Venezuela se siguen reglas contrarias a las legislaciones anglosajona y francesa, ésta es supuestamente nuestro modelo.

En Estados Unidos, para ejecutar sus actos la Administración tiene que recurrir a los Tribunales, excepto en materia de salubridad y orden público. Así todos hemos leído en los periódicos como cada acto del Departamento de Justicia contra Microsoft, por un caso de la ley *antitrust* ha tenido que ser aprobado por un Juez antes de ejecutarlo.

Mientras en Francia, para la ejecución se requiere en principio de la participación del Juez para imponer sanciones penales pero si no hay sanciones penales puede ejecutar de oficio pero necesita de habilitación legal.

En Venezuela en cambio, sólo si un texto legal expresamente lo exige deberá acudir la Administración ante un Juez, así en materia de tributos deberá acudir ante un Tribunal civil para el cobro de los créditos por tributos, sanciones, o recargos no pagados (artículo 199 Código Orgánico Tributario). Igualmente deberá acudir al Juez para el cobro de multas de tránsito insolutas (Ley de Tránsito Terrestre, artículo 99).

Caso contrario deberá hacerse por la propia Administración para lo cual dispone sólo de dos medios.

Si se trata de actos que pueden ser ejecutados por cualquiera, la Administración lo hará a través de sus funcionarios o bien se lo encargará a un tercero y luego liquidará una planilla por los gastos a cargo del obligado. Esta forma de ejecución forzosa o ejecución subsidiaria sería procedente, por ejemplo, por violaciones a normas de urbanismo, se ordena demoler un muro y si ésto no se hace la Alcaldía enviará sus cuadrillas o bien enviará a una contratista para que efectúe la demolición y liquidará la planilla correspondiente.

Si el acto es necesariamente de ejecución personal, se impondrán multas de hasta diez mil bolívares, dando un plazo razonable para el cumplimiento y se aplicarán una vez tras otra hasta el fin de la rebeldía (artículo 80 L.O.P.A., numeral 2). A menos que la ley especial permita una multa mayor como por ejemplo el artículo 51 de la Ley Antimonopolios que establece multas de un millón de bolívares que se aumentará en un cincuenta por ciento del monto original cada vez.

Estas obligaciones personalísimas incluyen, desalojo de viviendas, cese de prácticas monopolísticas, vacunación, reclusión en cuarentena.

Sin embargo, por falta de técnica legislativa, imputable al Congreso y al Ejecutivo, que al devolver la ley al Congreso no hizo observaciones sobre el particular, la ejecución forzosa por parte de la Administración está severamente limitada. En la ley, no en la realidad.

Si el particular no paga la cuenta de gastos de la ejecución por terceros, o si el particular se niega a pagar las multas, no hay forma expresa en la L.O.P.A. de hacer efectivos los créditos. Porque el pago de dinero no puede hacerse por un tercero y el aumento y la sucesión de multas que no se pagan conduce al absurdo. La Administración no fue provista de ningún medio de apremio sobre el patrimonio basándose en la facilidad del abuso por parte de aquella. De manera sistemática diferentes leyes ordenan utilizar procedimientos judiciales ejecutivos, así la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, artículo 4, el Código Orgánico Tributario, artículo 197, la Ley de Tránsito Terrestre, artículos 102 y 101, que establece el *solvo et repete* como medio de cobro y le añade la vía ejecutiva. La Ley Antimonopolio, artículo 47. Por lo que debe asumirse que en todo caso, la ejecución cuando el acto imponga obligaciones pecuniarias sería a través del Juez. La Ley Orgánica del Trabajo, en cambio establece el arresto, por el no pago de las multas coercitivas, en su artículo 647 literal g. Arresto ordenado por un Juez, en todo caso.



Otro medio de ejecución no contemplado es la coerción sobre las personas. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no prevé que actos administrativos puedan ser ejecutados con coerción sobre las personas. Obligaciones como la vacunación exigen el uso de la fuerza pública y así la prevé la Ley de Inmunizaciones en su artículo 23. Pero la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es de rango superior y en principio los únicos medios de ejecución serían los establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Punto de polémica ha sido la actividad arbitral, no confundir con el arbitraje de moda, o actividad de la Administración que como tercero resuelve conflictos entre intereses particulares y emite actos cuasijurisdiccionales. Pues los Tribunales sostienen simultáneamente dos posturas opuestas, en el *Leading Case* ARNALDO LOVERA de 21-01-89 se dijo que la ejecución del acto de desalojo de vivienda corresponde a la Administración. Pero en la Sentencia LOPEZ PEITADO de 30-07-91 se dice que la ejecución debe ser judicial. Y en diciembre de 1.994, el día 1 se siguió el precedente Lovera y el día 13 se siguió el precedente LOPEZ PEITADO.

Dado que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no distingue entre actos administrativos y actos cuasijurisdiccionales debería corresponder a la Administración ejecutar por el uso de la fuerza pública. Pero aquí la eficacia choca no con la ley y el derecho sino contra el sentimiento populista y la posible reacción deslegitimadora de la acción judicial por la opinión pública.

En todo caso, la eficacia de la actividad administrativa debe atenerse al procedimiento pues éste articula las garantías que impiden que a fuer de eficacia se vulneren los derechos del particular.

Así la ejecución no puede ser sino la culminación de un procedimiento, en el cual el *iter* procesal culmine con la emisión del acto formal es decir del acto administrativo definitivo del cual se derive la obligación a cargo del particular (artículo 78 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Acto que debe haber sido incumplido a pesar de haberse notificado válidamente y haber concedido el tiempo razonable para su cumplimiento. Y sin que se requiera que el acto esté firme o que haya causado estado en vía administrativa, *ex* artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto.

Aparte de los mecanismos legales que desarrollan los principios constitucionales, algunas garantías influyen en el ámbito específico de los actos administrativos.

Así la Constitución en su artículo 62 establece la inviolabilidad del hogar doméstico y no podrá ser allanado sino para impedir la comisión de un delito o para cumplir ordenes judiciales.

Y las visitas sanitarias podrán realizarse previo aviso de los funcionarios.

En cualquier caso que la ejecución conlleve la entrada en un domicilio se requerirá previa autorización del Juez so pena de incurrir en delito, artículo 185 del Código Penal. Así en caso de desalojos no deberían hacerse sino mediante multas y nunca con el uso de la fuerza pública. Sólo en los casos de desalojo judicial ésto es posible.

La Constitución exceptúa expresamente las visitas sanitarias o de profilaxis y el artículo 16 de la Ley de Sanidad de 1.938 desarrolló este artículo y ordena un aviso de una hora de anticipación y de haber oposición permite el uso de la fuerza pública, pero de conformidad con las leyes, lo cual exigirá para el uso de la fuerza recurrir a un Juez, las únicas normas al respecto están en el Código de Enjuiciamiento Criminal y Código Orgánico Tributario y se da un plazo de 24 horas para decidirlo y se habilita el tiempo en pleno derecho. El Juez competente debería ser el Juez Contencioso Administrativo, o falta de éste, el de Primera Instancia en Lo Civil que serían los competentes para conocer el recurso de amparo contra la violación del hogar doméstico pues ese es el recurso contra ese procedimiento. Haciendo la salvedad que la L.O.P.A. es de aplicación preferente lo cual haría dudosamente legal la aplicación de la Ley de Sanidad.

El Código Orgánico Tributario extiende esta protección a la sede física de las personas jurídicas, a los locales y medios de transporte si se realizan las inspecciones fuera de horas hábiles. La Constitución sólo protege el hogar doméstico.

Finalmente la garantía más importante es la suspensión de los efectos del acto administrativo. Esta sólo procede excepcionalmente en tres casos según el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

Cuando la ley expresamente lo permita.

Cuando se trata de casos de nulidad absoluta.

Cuando se pueda causar un grave perjuicio al interesado.

La suspensión de los efectos del acto es el único y primordial objetivo de los recursos, si se ha ejecutado el acto el tener, o no, razón será indiferente.



VII.- EN FAVOR DEL ADMINISTRADO TAMBIÉN JUEGA EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA, aquél obligado por la ley a solicitar autorizaciones, licencias, concesiones para ejercer sus derechos, puede exigir que no se produzcan decisiones inhibitorias ni se multipliquen inútilmente las incidencias. Aquí nos encontramos con una de las principales fallas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En su modelo español el principio de eficacia da base al artículo 8 que establece que de oficio el órgano que se considere incompetente declinará en el órgano que considere competente. Tal como sucede en materia judicial en Venezuela. Así como una regulación de los conflictos positivos y negativos de competencia. En Venezuela, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el tema fue completamente ignorado, la pésima experiencia de los conflictos de competencia que eternizan los juicios puede haber determinado la omisión. Son el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) y la Ley Orgánica de la Administración Central (L.O.A.C.), las que regulan algunos casos.

El Código de Procedimiento Civil bajo el nombre de regulación de jurisdicción resuelve los conflictos entre Tribunales y Administración y la L.O.A.C. en su artículo 20 numeral 21 menciona como competencia del Ministro resolver los conflictos de competencia entre sus subordinados.

Entonces, si un particular se dirige a un organismo incompetente cual es la solución. En la práctica administrativa venezolana simplemente se le rechaza la solicitud. Sin embargo, el artículo 45 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ordena recibir la petición e indicar las omisiones, sin poderse negar a recibirlas y el artículo 50 *ejusdem* ordena indicar las faltas en el escrito. El cumplimiento de tal obligación no puede ser de otra manera que indicando al particular cual es el órgano competente. Sin que la obligación que tiene la Administración de publicar en Gaceta Oficial la información relativa a sus estructuras y funciones y competencias baste para justificar una solución distinta. Pues sólo una actuación como la de indicar el órgano competente se corresponde con el principio de eficacia.

Igualmente es expresión del principio de eficacia la obligación de decidir en un tiempo máximo de 6 meses so pena de que entren en juicio el silencio negativo y se apliquen sanciones al funcionario por los retardos y el incumplimiento de los lapsos. En caso de aplicarse sanciones no se paraliza el procedimiento.

Por último el procedimiento debe finalizar con un acto expreso que resuelva tanto las cuestiones planteadas inicialmente como durante la tramitación por supuesto en este último caso debe darse traslado oportuno al particular para impedir la indefensión.

Pero la necesidad de evitar las incidencias en orden a la eficacia no pueden jugar contra las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa que se verían seriamente afectados si un funcionario demasiado cercano o lejano al administrado interviniese en el procedimiento. Por eso la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece causales de inhibición y de recusación a ésta en Venezuela por un malabarismo verbal que se llama inhibición a pedido de parte, pero cuando el particular solicita del superior jerárquico que ordene la inhibición, *ex* artículo 39 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no está sino recusando al funcionario y así lo reconoce el artículo 21 de la ley española sin que su doctrina manifieste las reservas venezolanas.

Las causales de inhibición y recusación se reúnen en cuatro numerales pero se corresponde con 8 casos de recusación e inhibición de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, en contra de la eficacia el procedimiento se suspende durante la incidencia hasta por diez días hábiles (*ex* artículo 38 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

VIII.-La última manifestación de la eficacia en el procedimiento administrativo que examinaremos es su **INCIDENCIA SOBRE LA TEORÍA DE LAS NULIDADES** que trae como consecuencia el carácter taxativo y limitado de los casos de nulidad absoluta. La convalidación de los actos afectados por vicios que acarreen nulidad relativa. Y la intrascendencia de los vicios de forma a falta de indefensión o cuando el acto habría sido el mismo sin el vicio de forma.

La libre revocabilidad del acto nulo de nulidad absoluta, dejaría en manos de la Administración poner en juego la estabilidad de sus decisiones y la seguridad jurídica de los particulares, por lo cual es indispensable una fórmula de vicios taxativos que frene a la Administración en cualquier intento de desmejorar sin más las situaciones jurídicas, los derechos adquiridos y la confianza legítima. Pero al mismo tiempo la taxatividad de los casos de nulidad absoluta es una exigencia de la eficacia, pues aquella impide la estabilidad de las decisiones y eventualmente puede provocar la multiplicación de procedimientos de revisión. Por eso la nulidad absoluta es algo excepcional como reconoció la C.S.J. en la sentencia Despacho Los Teques SPA, 26 de julio de 1.984 es de orden público, no genera derechos a particulares y es de extrema gravedad.

Y en sentencia del 06 de abril de 1.994 añadió a esto:

«De acuerdo a lo expresado, se explica la rigurosa delimitación del artículo 19 de la Ley Orgánica de 1.982, cuando **taxativamente** (negritas nuestras) indica que son vicios de nulidad absoluta del acto administrativo».



El artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en efecto establece:

«Los actos de la Administración serán absolutamentenulos en los siguientes casos:

- 1.- Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal.
- 2.- Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la ley.
- 3.- Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución; y
- 4.- Cuando hubieren sido dictado por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

En efecto la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos siguió a su modelo la Ley de Procedimientos Española, donde la jurisprudencia y la doctrina han sido consecuentes en señalar la interpretación restrictiva como la adecuada.

Es verdad que tales supuestos no agotan los casos de vicios cuya gravedad amerite la máxima sanción, pero lo contrario sería dejar a la Administración la mano libre para revocar sus actos que a su conveniencia serían siempre nulos absolutamente cuando su parecer cambie.

Eso sí, a diferencia de la ley española del 58, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos deja abierta la posibilidad de que casos distintos entren en la categoría de las nulidades absolutas desde que su primer numeral remite a las leyes específicas el determinar la nulidad absoluta, como consecuencia de un vicio. Disposición que doce años después de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos repite la Ley De Procedimiento Común española que abarca los mismos casos que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos según su interpretación doctrinal.

Segundo aspecto consecuencia de la eficacia en la teoría de las nulidades son las establecidas en los artículos 21 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, o *incomunicabilidad* de los vicios de nulidad relativa aislados y el artículo 81 *ejusdem* que permite la convalidación de los actos nulos relativamente, es decir de todos aquellos de nulidad absoluta.

La convalidación del acto para conservar su existencia puede hacerse por ratificación por el superior jerárquico que declara la subsanación del acto viciado o por legitimación cumpliendo el requisito faltante.

Tercero y el caso más importante es lo relativo al vicio de forma.

Las formas en el derecho tienen por fin primordial, la protección del individuo por ser la garantía de la imparcialidad, todos los casos se resuelven en base a determinado procedimiento justo con lo cual permite que sean las diferencias de contenido, reales, las que den resultados diferentes. Al mismo tiempo, las formas dificultan la acción del Estado permitiendo al individuo, su defensa al posibilitar la anticipación de aquella acción, lo cual explica que la violación de las formas acarree la nulidad del acto pero a pesar del carácter de orden público con el que suele revestirse a las normas procesales, la ley misma establece lo contrario, Código de Procedimiento Civil, artículo 206 y sólo conlleva por lo general nulidad relativa y será declarada sí y sólo sí la forma no ha cumplido su fin de salvaguardar el derecho a la defensa del particular o no se ha logrado la finalidad del acto. Si no obstante el vicio, el particular ha podido ejercer los recursos correspondientes y ser oído o bien si el acto hubiera sido el mismo aún en ausencia del vicio no hay razón para declarar la nulidad, a menos que haya indefensión, y que es la indefensión:

«La situación en que queda el titular de un derecho o interés discutido, cuando se ve imposibilitado para obtener y ejercer los medios legales suficientes para su defensa y sin que tal vicio de omisión pueda subsanarse con las posibilidades de defensa atribuibles a los recursos que posteriormente al ... acto puedan plantearse cuando han sido privado de introducir en el expediente los elementos fácticos o jurídicos... que la administración debía tener en cuenta».

Por otra parte con base en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el Superior Jerárquico o el mismo funcionario podrán ordenar la reposición al momento del procedimiento en que se produjo el vicio con el fin de realizar correctamente el acto. Y creemos con apoyo en la Ley Española modelo de la venezolana y en el Código de Procedimiento Civil venezolano que consagra lo que puede considerarse un Principio General del Derecho, que si el acto procedimental violado es aislado, podría simplemente renovarse ese acto y luego dictar el acto definitivo y renovar el acto. Así, si fue omitido un dictamen sin necesidad de reponer se solicita éste luego se dicta el acto definitivo tomando en cuenta el dictamen, ya sea para aceptar o rechazar los términos del dictamen.



Por último, a diferencia del derecho civil nos encontramos con vicios que no conllevan la nulidad, unos, los de forma, son intranscendentes, otros los materiales y los de cálculo, son rectificables.

Son errores irrelevantes los de forma, admitida la aplicación del principio general del derecho contenido en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 206 sobre la no declaración de nulidad si el acto ha cumplido su fin a pesar del vicio o bien no ha causado perjuicio alguno, pues aún en ausencia de vicio la decisión hubiese sido la misma, sin perjuicio no hay nulidad.

Ejemplo de esto es el caso del incumplimiento de las notificaciones bien por falta de ella, bien por no indicar los recursos correspondientes. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 74 priva de todo efecto a la notificación defectuosa, pero se ha entendido por los Tribunales que esto impide que los lapsos corran más no anula el acto. Y será subsanable por la presencia del particular en el procedimiento siempre que pueda de manera efectiva actuar en el procedimiento constitutivo, no bastando que pueda interponer los recursos correspondientes.

Igualmente la falta de motivación no conlleva la nulidad si la parte puede conocer el expediente los supuestos de hecho y de derecho del acto administrativo. Cuestión esta criticable pero posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia.

Así concluimos la exposición de las principales expresiones legales del principio de eficacia en el procedimiento y sus necesarias limitaciones.

BIBLIOGRAFIA

- AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio.
La Ley De Procedimiento Administrativo. Estudio de Doctrina y Jurisprudencia. Madrid Colmena. 1.990. Pág.84.
- ANECHIARICO, Frank y JACOBS, James.
The Pursuit Of Absolute Integrity How Corruption Control Makes Government Ineffective. Chicago University of Chicago Press. 1.996.
- ARAUJO JUAREZ, José.
Principios Generales del Derecho Administrativo Formal. Caracas. Vadell.1989.
- BERLIN, Isaiah.
Dos Conceptos de Libertad. En Libertad y Necesidad en la Historia. Madrid. Revista de Occidente. 1.974.
- BREWER CARIAS, Allan.
Los Principios del Procedimiento Administrativo. Madrid. Civitas. 1.990.
- CASTILLO BLANCO, Fedérico.
La Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo. Madrid. Marcial Pons. 1.998
- BALASSO TEJERA, Caterina.
Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1.998
Gaceta Forense. Tercera Etapa. Caracas. C.S.J. No. 125. Vol.1 Año 1984 y N°. 129. Vol. I. 1.985.
- HARTING, Hermes.
El Arrendamiento. Doctrina y Jurisprudencia. Caracas. Livrosca. 1.996.
- PIERRE TAPIA, Oscar. (comp).
Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Caracas. Pierre Tapia. Año 1994 Nos 5 y 12. Año 1996. No.11
C.S.J. No. 125. Vol.1. Año 1984 y N°. 129. Vol. I.1.985.



- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón.
Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid. Civitas. 1.995.
- GARCIA TREVIJANO FOS, José.
El Acto Administrativo. Madrid Civitas. 1.991.
- GORDILLO, Agustín.
Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ediciones Machi. 1.987.
- HUERGO LORA, Alejandro.
La Motivación de los Actos Administrativos y la Aportación de Nuevos Motivos en el Proceso Contencioso Administrativo. En *Revista de Administración Pública*. N° 145. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Enero-Abril. 1998.
- KELSEN, Hans.
Teoría Pura Del Derecho. Buenos Aires. EUDEBA. 1.977.
- KOMESAR, Neil.
Imperfect Alternatives Choosing Institutions in Law Economics and Public Policy. Chicago. The University of Chicago Press. 1.996.
- LOPEZ MENUDO, Francisco.
Los Principios Generales Del Procedimiento Administrativo en Revista de Administración Pública N° 129, Madrid Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre-Diciembre. 1992.
- MEIER, Enrique.
Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo. Caracas. ALVA. 1.991.
El Procedimiento ordinario Caracas. ALVA. 1.992.
- MISES, Von Ludwuiq.
La Burocracia. Caracas. Bolsa de Comercio de Caracas. 1.970.
- MORENILLA ALARD, Pablo. **La Prueba en el Contencioso Administrativo.** Zaragoza EDIJUS. 1997.
- NOZICK, Robert.
Moral Complications And Moral Structure. En: Socratic Puzzles. Cambridge Harvard University Press. 1.997.

PAREJO ALFONSO, Luciano.

La Eficacia Como Principio Jurídico de la Actuación de la Administración Pública. En Documentación Administrativa N° 218-219. Madrid Abril-Septiembre de 1.989. Instituto de Administración Pública.

RIVERO, Jean.

Derecho Administrativo. Caracas U.C.V. 1.984.

ROSE ACKERMAN, Susan.

The Political Economy Of Corruption Causes And Consequences
En: ***Public Policy For The Private Sector.*** W.W.W. World Bank. Abril 1.996.

WEIL, Prosper.

Derecho Administrativo. Madrid Civitas. 1.994

PROGRAMA

**IV JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO
ADMINISTRATIVO «ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS»**

**IV JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO
«ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS»**

**LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA
Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

PROGRAMA

LUNES 09/11/1998

Inscripciones.

Entrega de material.

Exposición introductoria: ALLAN BREWER-CARÍAS.

Exposición 1. *«El status constitucional del ciudadano y la relación jurídico administrativa».*

Expositor: ENRIC ARGULLOLI MURGADAS.

Universidad de Pompeu Fabra (ESPAÑA).

Comentarista: CECILIA SOSA GÓMEZ.

MARTES 10/11/1998

Exposición 2. *«El principio de la confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas».*

Expositor: CHRISTIAN PIELOW.

Ruhr-Universität Bochum

Institut für Berg-Und Energierecht (ALEMANIA).

Comentarista: HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ.

Comentarista: MARÍA ELENA TORO.

Refrigerio.

Exposición 3. *«La formalidad e informalidad en el procedimiento y las relaciones jurídico administrativas».*

Expositor: JUAN CARLOS ESGUERRA.

Universidad Externado (COLOMBIA).

Comentarista: JOSÉ ARAUJO JUÁREZ.

Comentarista: EZRA MIZRACHI.

Exposición 4. *«La flexibilización del procedimiento administrativo y los actos consensuales».*

Expositor: PIERRE DELVOLVÉ.

Universidad de París II (FRANCIA).

Comentarista: LUBIN AGUIRRE.

Comentarista: JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS.

Exposición 5. *«La composición, el arbitraje o la transacción como método de resolución de conflictos administrativos».*

Expositor: SANDRA MORELLI.

Universidad del Externado (COLOMBIA).

Comentarista: ALBERTO BLANCO URIBE.

Comentarista: LUIS FRAGA PITTALUGA.

MIÉRCOLES 11/11/1998

Exposición 6. *«El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos administrativos tácitos o presuntos».*

Expositor: JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ.

Universidad de Coruña (ESPAÑA).

Comentarista: LUIS ORTIZ ALVAREZ.

Comentarista: ARMANDO RODRÍGUEZ.

Refrigerio.

Exposición 7. *«Las potestades administrativas y las relaciones jurídico-administrativas».*

Expositor: ADILSON ABREU DALLARI.

Universidad de Sao Paulo (BRASIL).

Comentarista: HUMBERTO BRICEÑO LEÓN.

Comentarista: GUSTAVO LINARES BENZO.

Exposición 8. *La clasificación de los procedimientos administrativos».*

Expositor: LUCIANO VANDELLI

Universidad de Bologna (ITALIA).

Comentarista: MAGDALENA SALOMÓN DE PADRÓN.

Comentarista: GUSTAVO URDANETA TROCONIS.

Presentación de la Obra Instituciones Políticas y Constitucionales (Tomos I a VII) de Allan R. Brewer-Carías a cargo del Profesor Gustavo Planchard Manrique. Brindis.

JUEVES 12/11/1998

Exposición 9. *«Los principios de objetividad e imparcialidad en el procedimiento administrativo».*

Expositor: LUCIANO PAREJO ALFONSO.

Universidad Carlos III de Madrid (ESPAÑA).

Comentarista: CARMELO DE GRACIA.

Comentarista: JUAN MANUEL RAFFALLI.

Refrigerio.

Exposición 10. *«El principio de la eficacia en el procedimiento administrativo».*

Expositor: MIGUEL CASINO.

Universidad Carlos III de Madrid (ESPAÑA).

Comentarista: RAÚL ARRIETA CUEVAS.

Comentarista: SALVADOR LEAL.

Exposición 11. *El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo».*

Expositor: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Universidad Externado (COLOMBIA).

Comentarista: JOSÉ LUIS VILLEGAS.

Comentarista: ALFREDO MANINAT.

Entrega de Certificados.

INDICE

PRIMER VOLUMEN

Nota Biobibliográfica.	7
Allan R. Brewer Carías. <i>(Conferencia Introductoria). Los Principios de Legalidad y Eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos.</i>	19
Christian Pielow. <i>El Principio de la Confianza Legítima en el Procedimiento y las Relaciones Jurídico-administrativas.</i>	91
Juan Carlos Esguerra Portocarrero. <i>La Formalidad e Informalidad en el Procedimiento y las Relaciones Jurídico-administrativas.</i>	117
Luis Fraga Pittaluga. <i>(Comentarista) La Composición, el Arbitraje o la Transacción como Método de Resolución de Conflictos Administrativos.</i>	135
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. <i>El Silencio Administrativo como Garantía de los Administrados y los Actos Administrativos Tácitos o Presuntos.</i>	183
Armando Rodríguez <i>(Comentarista) El Silencio Administrativo como Garantía de los Administrados y los Actos Administrativos Tácitos o Presuntos</i>	201
Adilson Abreu Dallari. <i>Las Potestades Administrativas y las Relaciones Jurídico-administrativas.</i>	211
Luciano Vandelli. <i>La Clasificación de los Procedimientos Administrativos.</i>	235
Jaime Orlando Santofimio. <i>El Derecho a la Defensa en el Procedimiento Administrativo.</i>	247
Hildegard Rondón de Sansó. <i>El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Venezolano.</i>	293
Anexos.	353

SEGUNDO VOLUMEN

Enric Argullol I. Murgadas. <i>El Status Constitucional del Ciudadano y la Relación Jurídico Administrativa.</i>	365
María Elena Toro Dupouy. <i>El Principio de la Confianza Legítima en el Procedimiento y las Relaciones Jurídico-Administrativas.</i>	377
Sandra Morelli. <i>La Composición, el Arbitraje o la Transacción como Métodos de Resolución de Conflictos Administrativos.</i>	411
Alberto Blanco-Urbe Quintero. <i>La Conciliación, el Arbitraje y la Transacción como Métodos de Resolución de Conflictos Administrativos.</i>	469
Luis A. Ortiz-Álvarez. <i>Comentarios sobre el Silencio Administrativo en el Derecho Venezolano.</i>	505
Luciano Parejo Alfonso. <i>La Objetividad y la Imparcialidad como Predicados de la Administración Pública.</i>	571
Miguel Casino. <i>El Principio de la Eficacia en el Procedimiento Administrativo.</i>	589
Salvador Leal W. <i>El Principio de la Eficacia en el Procedimiento Administrativo.</i>	609
Programa de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»	631

**Este libro se terminó de imprimir durante el mes de octubre del año 2006
en los talleres de SENPRESS, C.A.
Tif.:(0212)-661.1864 / 662.4313 Fax.:662.7986
Caracas - Venezuela**