

VOLUME 1

CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

ORGANIZADORES

Jaime Rodríguez-Arana

Carlos Delpiazco

João Antonio da Silva Filho

Rafael Valim

María Rodríguez



Control Administrativo de la Actividad de la Administración

VOLUME 1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

C764 Control administrativo de la actividad de la administración: volume 1 / Organizadores Jaime Rodríguez-Arana... [et al.]. – São Paulo, SP: [s. n.], 2019.
767 p. : 16 x 23 cm

XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

ISBN 978-65-81121-00-6

1. Administração pública. 2. Direito financeiro. 3. Finanças públicas. I. Rodríguez-Arana, Jaime. II. Delpiazzo, Carlos. III. Silva Filho, João Antonio da. IV. Valim, Rafael. V. Rodríguez, María.

CDD 336

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Control Administrativo de la Actividad de la Administración

VOLUME 1

Organizadores

Jaime Rodríguez-Arana

Carlos Delpiazzo

João Antonio da Silva Filho

Rafael Valim

María Rodríguez

São Paulo
2019



Sumario

Prólogo	9
---------	---

Parte I

Bases Conceptuales del Control Administrativo

(Delimitación, Elementos, Relaciones)

Elementos de una Teoría del Control de La Administración <i>Javier Barnes</i>	15
--	----

Bases Conceptuales del Control Administrativo <i>Hugo Haroldo Calderón Morales</i>	36
---	----

La Eficiencia Administrativa y su Control <i>Hernan Celorrio</i>	82
---	----

El Control Administrativo del Leviatán <i>Germán Cisneros Farías</i>	105
---	-----

Nociones Básicas en el Control de la Administración <i>Marco Aurelio González Maldonado</i>	130
--	-----

El Control de la Actividad Administrativa Determinado por el Principio de Legalidad <i>Ciro Güechá Medina</i>	155
---	-----

Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública como un Mecanismo de Contraloría Ciudadana <i>Henry Alexander Mejía</i>	175
--	-----

Elementos del Control de la Administración Pública, desde la Perspectiva del Derecho Administrativo <i>Karlos Navarro</i>	202
---	-----

El Control de la Administración Pública: una Perspectiva
Integradora 215
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Bases Conceptuales del Control de Cuentas de la Administración y sus
Posibles Distorsiones. Referencias al Caso Venezolano 230
Armando Rodríguez García

Bases Conceptuales del Control Administrativo de la Actividad de la
Administración 249
Graciela Ruocco

Parte II

Marcos Jurídicos del Control Administrativo

(Planificación y Control, Los Tiempos del Control, Regulación y Control)

Modelos de Control Público de la Corrupción en el Derecho
Comparado 269
Alfonso Buteler

El Control Administrativo de la Administración a partir de los
Principios de la Nueva Ley de Procedimientos Administrativos
en El Salvador 290
Miguel Ángel Cardoza Ayala

El Control de la Administración Pública en el Perú 309
Jorge Danós Ordóñez

O Controlo da Atividade da Administração Pública Portuguesa
pela União Europeia 364
Fausto de Quadros

El Perenne Dilema entre el Control y la Discreción Administrativa en el
Sistema Jurídico Norteamericano 385
Javier A. Echevarría Vargas

Sobre la Normativa Prevista para Regular la Potestad Sancionadora en el Perú <i>Eloy Espinosa-Saldaña Barrera</i>	419
El Control de la Administración Pública en México <i>Jorge Fernández Ruiz</i>	447
El Control Administrativo en los Sectores Regulados <i>Rodrigo Ferrés Rubio</i>	467
Controles Administrativos de la Actividad de la Administración en Colombia <i>Augusto Hernández Becerra</i>	482
La Planificación como Instrumento de Control <i>Ismael Mata</i>	512
El Control Administrativo de la Actividad de la Administración. Fundamentos Jurídicos, Escenarios y Retos Actuales en Colombia <i>William Zambrano Cetina</i>	527

Parte III

Tipos de Control Administrativo I

(De Juridicidad y de Mérito, De los Actos y de los Contratos,
De las Conductas Funcionales)

O Tribunal de Contas e a Contratação Pública em Portugal <i>Mário Aroso de Almeida</i>	553
El Control Administrativo de los Actos de la Administración Tributaria en Panamá <i>Víctor I. Benavides Pinilla</i>	582
El Control sobre la Actividad Administrativa en Honduras <i>Héctor Martín Cerrato</i>	602

El Control sobre los Contratos Administrativos <i>Ismael Farrando</i>	618
El Control de Convencionalidad y la Administración Pública <i>Víctor Rafael Hernández-Mendible</i>	644
Fiscalización de Contratos Administrativos <i>Richard Martin Tirado</i>	670
Control de la Contratación Pública y Principio de Buena Administración <i>José Antonio Moreno Molina</i>	689
El Control Administrativo sobre Actos Funcionales Discrecionales de los Servidores Públicos: el Caso Específico de las APP <i>Juan Carlos Morón Urbina</i>	705
Control Jurídico Político sobre los “Contratos Incompletos” y de “Larga Duración” <i>Alejandro Pérez Hualde</i>	723
Panorama del Control de la Actividad Contractual Pública en el Derecho Colombiano <i>Libardo Rodríguez Rodríguez</i>	746

Prólogo

São Paulo, por derecho propio, se convierte estos días en la indiscutible capital del Derecho Administrativo Iberoamericano. Es cuna de grandes juristas y de una gran institución como el Tribunal de Contas do Município de São Paulo que generosamente, con el consejero presidente João Antonio, decidió que este magno evento, que es el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y su Congreso Internacional, se celebre en tan bella localidad. Este agradecimiento de todos los colegas de FIDA lo hacemos extensivo, con mucho gusto, a nuestro amigo y compañero en las tareas académicas Rafael Valim sin cuya colaboración el evento no habría sido posible.

João Antonio y Rafael Valim han sabido aglutinar a variadas y relevantes instituciones públicas y privadas para llevar a buen puerto este colosal espacio académico que año a año venimos compartiendo tantos juristas que coincidimos en el estudio del Derecho Administrativo Iberoamericano.

Efectivamente, un año más, fiel a su cita con los cultores y cultivadores del Derecho Administrativo Iberoamericano, ve la luz un nuevo libro que recoge las actas del XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en São Paulo los días 7 y 8 de octubre de 2019. En esta ocasión, como ya es costumbre entre los profesores que integran esta corporación académica destinada al estudio y a la investigación del Derecho Administrativo en la región, los estudios se envían al editor con la antelación suficiente para que se pueda entregar el libro ya compuesto al inicio de las sesiones del Foro. De esta manera, con los textos en letra impresa, los debates y comentarios de los colegas son más relevantes pues previamente han podido analizar las opiniones de los profesores en el texto que se entrega justo al inicio de las sesiones académicas.

El tema que concentró los trabajos de los profesores del FIDA ha sido este año la función de control de la Administración pública, una actividad administrativa de palpitante y rabiosa actualidad que, como todas las instituciones y categorías de nuestra disciplina, debe ser repensada desde los principios y valores del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, el modelo de Estado en el que se inserta hoy el Derecho Administrativo es el del Estado social y democrático de Derecho, en el que la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales es esencial para la realización de la dignidad del ser humano. En efecto, la

centralidad de la dignidad humana reclama que las normas, las estructuras, los procedimientos, los presupuestos públicos, también por supuesto el control, se diseñen precisamente en función y al servicio de la dignidad humana. Especialmente, cuando se trata de garantizar que la actividad de la Administración pública sirva objetivamente el interés general, algo fundamental para luchar decididamente contra ese flagelo que hoy sacude sin piedad a tantas Administraciones en tantas partes del mundo.

Este año el FIDA recuerda con toda justicia y merecimiento a destacados maestros del Derecho Público que se han distinguido por su dedicación a la cátedra y a la investigación y a quienes los estudiosos y cultivadores de esta rama del Derecho Público debemos tantos conocimientos y reflexiones que han forjado ciertamente el Derecho Administrativo Iberoamericano. Este año el FIDA distingue especialmente al profesor, fundador de nuestra corporación académica, Romeu Felipe Bacellar Filho, eminente jurista y egregio representante de la mejor escuela de administrativistas comprometidos con la libertad y la justicia. Un académico que, como todos sabemos, ha llevado y lleva con garbo su condición de hijo de esta gran nación que es la República del Brasil. Y, por su parte, nuestro Congreso Internacional hemos querido rendir homenaje a un maestro de maestros de nuestra disciplina académica como es Celso Antonio Bandeira de Melo, uno de los grandes del Derecho Público Universal.

En los primeros años del Foro, esta institución académica de especialistas del Derecho Administrativo Iberoamericano se circunscribía realmente al encuentro de los profesores en torno a un tema de estudio previamente seleccionado. Entonces, años 2000 a 2003, con el concurso entonces de los funcionarios del Instituto de Administración Pública del Reino de España, se organizaban los debates en torno a la cuestión previamente determinada que, como era lógico, versaba sobre la función pública. Más tarde, con el compromiso de socializar el conocimiento y ayudar al desarrollo del Derecho Administrativo en cada uno de los países de la región, se estableció que al calor del Foro se celebrara un Congreso Internacional sobre los temas de mayor interés para la comunidad nacional de administrativistas encargada de la organización del Foro.

En esta ocasión, tras estudiar con sumo interés las sugerencias y comentarios del profesor Rafael Valim, avalado por el profesor Romeu Felipe Bacellar Filho, se decidió por unanimidad en la Asamblea del foro de 2018, celebrada en la ciudad de Guayaquil, a mediados de octubre, que

el tema objeto de los debates de la sesión de 2019 se centrara en el control de la Administración pública.

En este sentido, los colegas, siguiendo las rigurosas y precisas directivas que elabora el secretario general año a año, profesor Carlos Delpiazzo, empezaron a redactar sus ponencias que entregaron a tiempo para la publicación. Desde México hasta Argentina, contando con España y Portugal, los plazos se cumplieron y hoy podemos saludar como una venturosa realidad el ejemplar que los estudiosos del Derecho Administrativo tienen en sus manos. Un libro que esperamos contribuya al estudio y la investigación de una de dimensiones más importantes y relevantes del Derecho Administrativo cual es la función de control, actividad fundamental que preserva del compromiso inquebrantable de nuestra disciplina académica con la justicia social, en especial con la centralidad del ser humano y sus derechos fundamentales.

Se trata, en efecto, de una obra colectiva en la que han participado un grupo selecto de profesores de Derecho Administrativo del espacio iberoamericano. Los temas tratados giran como queda expuesto en torno al Derecho Administrativo y el lector encontrará diferentes estudios y comentarios sobre los diferentes aspectos que conforman esta dimensión tan relevante de la llamada actividad administrativa de control, que se encuentra englobada, como bien sabemos, en la más general actividad administrativa de limitación.

En realidad, la publicación de esta obra colectiva ha sido posible gracias a la generosidad del Tribunal de Contas do Município de São Paulo y de las entidades patrocinadoras del XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, a quienes agradecemos su valioso aporte al progreso y desarrollo del derecho administrativo en la región iberoamericana.

El espacio jurídico administrativo iberoamericano va siendo, poco a poco, una realidad. Libros como el que el lector ahora tiene en sus manos ayudan sobremanera a la consolidación de esta realidad cultural, histórica y jurídica que tanto futuro tiene por delante. En este sentido, gracias a proyectos editoriales como este, ya es una venturosa realidad, fruto de la colaboración de una quincena de Universidades de la región, el programa de doctorado interuniversitario en Derecho Administrativo Iberoamericano que, de seguro, fortalecerá, ya lo está haciendo, los estudios e investigaciones en esta rama del derecho Público Iberoamericano.

Esta publicación es el resultado de un trabajo conjunto de un buen grupo de profesores de Derecho Administrativo de la región iberoamericana

que pretenden contribuir al estudio de esta disciplina académica poniendo a disposición de los operadores jurídicos y de los estudiosos del Derecho Público en general todas las instituciones y categorías del Derecho Administrativo desde una mirada iberoamericana. Ya son varios los trabajos que, desde esta metodología se han ido publicando estos años merced a la colaboración y generosa cooperación de instituciones académicas y profesionales del derecho.

Esperamos que este libro sirva de verdad para afianzar la comunidad iberoamericana de Derecho Administrativo que, en Sao Paulo, durante los días 7 a 11 de octubre de 2019, ha recibido un nuevo impulso gracias a este magno evento académico que es el Foro iberoamericano que, junto al gran Congreso Internacional sobre los temas más vanguardistas de nuestra área de conocimiento, concita todos los años el interés y el estudio de una buena parte de la comunidad jurídica del Derecho Administrativo.

En fin, a todos cuantos han hecho posible que el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo se haya realizado con el rigor y la seriedad demostrada, dedicamos este nuevo producto intelectual de los profesores del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

São Paulo, 7 de octubre de 2019

Jaime Rodríguez-Arana

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Carlos Delpiazzo

Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

João Antonio da Silva Filho

Presidente del Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Rafael Valim

Director del Comité Organizador del XVIII FIDA

María Rodríguez

Coordinadora Editorial del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Parte I
Bases Conceptuales del Control
Administrativo
(Delimitación, Elementos, Relaciones)

Elementos de una Teoría del Control de la Administración

Javier Barnes*

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789):
“XV. Toda comunidad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su conducta.”

1 La Historia del Derecho Administrativo es la Historia del Control de la Administración

La batalla entre poderes con el surgimiento del Estado contemporáneo a lo largo del siglo XIX se librará inicialmente entre el ejecutivo y la emergente Administración, de un lado, y la jurisdicción ordinaria, de otro. Y ello en un doble sentido: primero, se “administrativiza” el poder a costa de la jurisdicción, y la Administración asume funciones y actividades que antes desempeñaba el juez; y, segundo, la justicia administrativa -el control de la Administración- se realiza en sede administrativa en muchos casos, fuera de la jurisdicción.

Para comprender los postulados revolucionarios en los que se sustenta la separación de poderes “a la francesa” -con la codificación y su sistema de fuentes a la cabeza- y su desconfianza en la jurisdicción ordinaria, es necesario tener en cuenta que las funciones gubernamentales y judiciales se hallaban entonces unidas. Ahora se trataba de distinguir-las. De hecho, aún en el período postrevolucionario, las funciones administrativas y las judiciales seguían inextricablemente mezcladas en órganos indiferenciados de la autoridad gubernamental.¹ En particular, en la Europa continental el esfuerzo por delimitar ambas esferas será más intenso que en el mundo del *common law*. La Administración comenzaría

* Catedrático de Derecho Administrativo (España)

1 Robson, William A. 1947. *Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution* (2nd Ed., Stevens & Sons Ltd, London, 1947) p. 226.

a adquirir autonomía respecto del poder judicial y a crecer a sus expensas, en la justa medida en que se le fueron atribuyendo competencias y potestades típicamente jurisdiccionales (en materia tributaria y de ejecución, de expropiación, o de sanción, por ejemplo). La transferencia a la Administración de esas funciones antes jurisdiccionales -e incluso de instituciones mixtas²- conllevaba asumir ciertas exigencias típicamente procesales (como el derechos de defensa, la motivación, o la creación de recursos administrativos, entre otras).

Lo que a nuestro propósito interesa registrar aquí no es sino la emergencia de una poderosa Administración, como verdadero legado y símbolo de la Revolución francesa (junto con la codificación), tanto en la Europa continental, como en su área de influencia.³ Y es que el Estado, por decirlo brevemente, deja de ser un mero árbitro típicamente medieval entre distintas instancias y estamentos para tornarse en un artífice o arquitecto del bienestar de sus ciudadanos.⁴ Cambia su posición respecto de la sociedad. En esas décadas surgiría una colosal maquinaria administrativa que habría de proveer al individuo, desde la cuna hasta la tumba, de todas sus necesidades. Pero el Estado sólo podía satisfacer esas exigencias con la ayuda de un ingente personal al servicio de la Administración. Al fin y al cabo, un Estado es lo que su Administración⁵. La atribución de numerosas responsabilidades llevará aparejada también la de potestades exorbitantes. En ese contexto, la Administración, igualada ya a los otros poderes, podrá adoptar medidas que afectan a los derechos e intereses de los individuos, prerrogativa ésta

2 Robson recuerda, por ejemplo, que “what we are concerned to point out now is that the separation of administrative from judicial functions never even approached completeness. In some cases an officer who was primarily an administrator would, in the course of time, gradually acquire judicial duties, as in the case of the sheriff; in others it was the judge who was turned administrator, as in the case of the justice of the peace. Sometimes the administrative and judicial functions of an office have been so inextricably blended that it is well-nigh impossible to say which capacity is the dominant one”, in *Justice and Administrative Law*, cit. pp. 18-19. El alcalde, en España, ejercía también funciones típicamente jurisdiccionales, aunque en el siglo XIX pasaría a convertirse en parte del poder ejecutivo.

3 Véase L. Manori & B. Sordi. 2009, “Science of Administration and Administrative Law”, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 9, A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900 (edited by Hasso Hofmann, Paolo Grossi, and Damiano Canale), New York, Springer, 2009.

4 Ibidem.

5 Y ello no sólo porque la Administración tenga que realizar por sí toda clase de actividades jurídicas y materiales por encargo de la Constitución y de las leyes y otras normas o estándares, o haya de dirigir, regular o garantizar otras muchas que presta el sector privado, sino porque en última instancia la específica responsabilidad de la Administración consiste en *organizar la vida en sociedad*. Me remito a mi trabajo “El Derecho Administrativo como el verdadero Derecho de la sociedad: desafíos y consecuencias para el siglo XXI”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, Núm. 15 (2016).

que hasta entonces había estado históricamente reservada en exclusiva a los jueces.

No puede sorprender por tanto que la tarea más urgente que se suscita en el seno de la cultura jurídica europeo-continental en el siglo XIX sea la de controlar el enorme poder que se le confiere al Ejecutivo y a las Administraciones. Resultaba obligado limitar ese poder y hacerlo socialmente tolerable. No basta con el reconocimiento de libertades, es necesario establecer garantías.⁶ De ahí que el control del poder ejecutivo se presente indisolublemente unido a la lucha por el establecimiento de nuevas garantías jurídicas en favor de los derechos y libertades individuales.⁷

Ese control, desde una perspectiva histórica y comparada, podría jalonarse por justa convención en distintos períodos y focos de atención, que, en su conjunto, conforman una serie heterogénea de elementos susceptibles de integrar una más comprensiva e integradora teoría del control de la Administración. A nuestro limitado propósito, podemos distinguir cuatro elementos.

2 Primer Elemento: Justicia Administrativa y Justicia Judicial

2.1 La Larga Marcha Hacia el Control Jurisdiccional de la Administración

Como es sabido, la principal cuestión que se plantearía en esta época consistirá en resolver a qué poder atribuir el control de la Administración, a los jueces ordinarios o a otras instituciones dentro de aparato político y administrativo. Durante décadas, en efecto, tendría lugar un intenso debate político y jurídico, que intenta resolver el dilema entre una justicia *administrativa* y una justicia *judicial*. Por razones ideológicas derivadas de la Revolución francesa, se confiaría inicialmente el control de la Administración a toda una variedad de órganos e instituciones que se sitúan fuera de la esfera del poder judicial.

Aparecen así procedimientos formalmente administrativos -se cursan en sede administrativa- de carácter cuasijudicial para resolver reclamaciones o recursos (como los que se crean frente a la Hacienda, en la Ley española de 1881). Se trata de procedimientos que imitan el proceso

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

judicial: desde el derecho de audiencia o a ser oído, pasando por la instrucción de oficio, hasta la motivación y la publicidad de las resoluciones administrativas. Las tradiciones jurídicas introducirían singularidades en esa evolución⁸, que concluye en la primacía de la justicia judicial, como comenzarán a reconocer significativamente las Constituciones de la segunda posguerra europea.

2.2 El Control Judicial como Coronación del Estado de Derecho

Con el paso del tiempo, en efecto, y antes en el modelo europeo-continental que en el *common law*, se impone la convicción de que los jueces y tribunales, aun cuando hubiere procedimientos administrativos de recurso y órganos administrativos independientes para su conocimiento, han de tener la última palabra. El control -entendido ya como jurisdiccional- se erige en el centro del Derecho Administrativo⁹, en el motor del progreso jurídico¹⁰, y en el broche de cierre de la división de poderes¹¹. Representa la “coronación del Estado de Derecho”¹². Su proclamación constitucional (el reconocimiento del derecho a la tutela judicial

8 Por ejemplo, sobre la evolución en Alemania puede verse : T. Würtenberger, “Kontrolle von Verwaltungshandeln ab 1806: Justizstaat versus Administrativjustiz”, en *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgeschichte in Deutschland und Europa* (edited by K.-P. Sommermann & B. Schaffrziik), vol. I, Springer, 2018, pp. 31. Para una visión general de la historia europea resulta obligada la obra editada por K.-P. Sommermann, “Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgeschichte”, , vol. II, pages 1735 y ss. La experiencia inglesa presenta notables singularidades, como es sabido, puesto que atribuyó históricamente una mayor importancia a las vías no jurisdiccionales a la hora de establecer el equilibrio entre el poder público y la garantía ciudadana.

Esta distinción entre familias jurídicas puede explicarse a la luz de una multiplicidad de factores, a la que no es ajena, desde luego, la tradición cultural (Constituciones liberales versus Constituciones estatistas). Una visión sintética, puede consultarse en . Cassese, *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2014, pp. 295 y ss.

En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que en EE.UU., a diferencia de otros países -incluidos Inglaterra o Australia-, el Estado es por tradición más regulador que prestador. Ello explica que el control se concentre y dirija a cómo se produce esa regulación (y donde la Ley federal de procedimiento administrativo, o APA, de 1946, respecto de los reglamentos, constituye todo un símbolo). En cambio, en los países donde el Estado tiene su propia organización y aparato -realiza por sí o a través de tercero bajo sus órdenes las prestaciones que correspondan- el Derecho Administrativo ha puesto el acento en el control de los actos administrativos y en la resolución de recursos. Sobre el tema, véase la interesante reflexión de P. Cane, en su obra *Controlling administrative power*, Cambridge University Press, 2016, en particular capítulo 14.

9 Piénsese, por ejemplo, en el conjunto de teorías y sistemas construidos desde esta clave: la teoría del control de la discrecionalidad administrativa y del concepto jurídico indeterminado; etc. Desde una perspectiva más amplia y comprensiva de la centralidad de la justicia administrativa en el conjunto del Derecho Administrativo, y sobre la insuficiencia de ese ángulo, puede verse: E. Schmidt-Aßmann, “La teoría del Derecho Administrativo como sistema”, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, capítulos primero, cuarto y sexto; así como la *Presentación a la traducción*; J. Barnes (editor), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press & Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, Capítulo Quinto.

10 Javier Barnes, *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 139.

11 Sobre estas expresiones y su origen: *ibidem*, p. 144, pp. 169 y ss.

12 Sobre estas expresiones y su origen: *ibidem*, p. 139.

efectiva o al proceso debido, según la construcción de los diferentes sistemas constitucionales) permite hacer frente a la “soberanía del ejecutivo”¹³ y ha traído consigo relevantes aportaciones en la elaboración del Derecho Administrativo, señaladamente a partir de la segunda mitad del siglo XX. El Derecho Administrativo, en cada tiempo y lugar, se ha concentrado, desde su mismo nacimiento, en la incesante búsqueda de una más universal e intensa revisión judicial de las decisiones y normas emanadas por el Ejecutivo y la Administración. Tal ha sido su primigenia razón de ser: “embridar el poder con el Derecho”, una tarea siempre perfectible e inacabada¹⁴. Al fin y al cabo, la efectividad y realidad de los derechos individuales depende de su defensa judicial en caso de conflicto frente al poder público.

2.3 Algunos Retos y Desafíos del Control Judicial

2.3.1 El Control Judicial como Recurso Limitado

La justicia judicial -así lo ha entendido la doctrina- como fórmula de control es en cierto modo víctima de su propio éxito, y puede verse pronto sobrecargada. Ha de notarse en ese sentido que la tutela judicial constituye un bien escaso, un recurso limitado. Lo es en primer lugar por sus limitaciones intrínsecas, puesto que el producto típico del poder judicial es el *pensamiento*, el razonamiento, y no la acción, propia de la Administración. No es una actuación seriada o mecanizada, sino inevitablemente artesanal en su esencia. Por lo demás, también lo es la capacidad económica y financiera para dotar de los recursos materiales y personales adecuados.

Por consecuencia, el legislador ha de saber distribuir y gestionar adecuadamente ese “reparto de la escasez”. La tutela judicial, en ese sentido, es antes subjetiva, que objetiva; no nace como sistema de control de la legalidad objetiva, esto es, para asegurar el respeto por parte de la Administración de todos los elementos del ordenamiento, sino, ante todo, para prestar la tutela subjetiva, esto es, la defensa en sede jurisdiccional de los derechos e intereses legítimo del ciudadano.¹⁵

13 Sobre estas expresiones y su origen: *ibidem*.

14 Sobre esta expresión, cfr. E. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1992, 2ª ed., p. 29.

15 La acción popular, por el contrario, responde a la defensa de la legalidad objetiva. De ahí que de ordinario se reconozca restrictivamente para algunos ámbitos o sectores del ordenamiento

2.3.2 Algunos Indicadores para Medir la Calidad del Control Jurisdiccional de la Administración

La perspectiva comparada y el análisis histórico, con su acervo acumulado de experiencias, permiten inducir tres indicadores básicos, a modo de plantilla, para enjuiciar la calidad del control judicial, más allá, claro es, de su carácter profesional, independiente y objetivo, y de los diversos modelos históricos en que se haya expresado¹⁶: *universalidad de la jurisdicción*, esto es, la efectiva accesibilidad al órgano jurisdiccional en defensa de *todos* los derechos e intereses preexistentes reconocidos por el ordenamiento; la *intensidad*, profundidad o densidad de ese control jurisdiccional, señaladamente cuando nos enfrentamos al clásico tema del enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa; y el “factor tiempo” en términos procesales, en la conciencia de que una justicia tardía, al decir de una copiosa jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos humanos, es denegación de justicia, y una justicia tardía, añadimos, constituye asimismo una amenaza para la “independencia judicial” ante hechos muchas veces ya consumados.

La implantación de una efectiva tutela judicial ha debido de enfrentarse, entre otros, a esos tres problemas fundamentales: la limitación del ámbito objetivo de la jurisdicción, esto es, la existencia de asuntos no susceptibles de control; la eventual dificultad del examen, bien sea de las cuestiones fácticas o de los hechos subyacentes a la acción administrativa, bien sea de los fundamentos jurídicos en que aquélla se sustenta, las consecuencias jurídicas anudadas, singularmente cuando la Administración actúa con potestades discrecionales; y, finalmente, la excesiva duración del proceso y el problema del disfrute del objeto litigioso mientras pende la sentencia, y, más ampliamente, el factor tiempo, en los términos que más abajo se esbozan.

(urbanismo, medioambiente...), como fórmula de colaboración con la Administración. En cambio, si se admite de forma generalizada la acción popular en todos los ámbitos y cualquier ciudadano, sin exigencia alguna de legitimación, puede poner en marcha la maquinaria judicial, podría romperse el necesario equilibrio, el reparto de la escasez, en perjuicio de la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, lo cual, en su caso, sería contrario a las más elementales necesidades del Estado de Derecho, que reclama, entre otras cosas, la tutela por los jueces y tribunales de los derechos e intereses, señaladamente ante y frente al poder público. La mejor estrategia para acabar con la justicia administrativa sería justamente esa: colapsar el sistema mediante la inundación de acciones populares.

16 Véase, por ejemplo, Daria de Pretis, “La giustizia amministrativa”, en *Corso di Diritto Amministrativo*, diretto da Sabino Cassese, Stratto da Diritto Amministrativo Comparato, Giuffrè Editore, Milano, 2007. En español, J. Barnes, *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993. Obligada es la consulta de la obra colectiva coordinada por K.-P. Sommermann ya citada.

2.3.2.1 El Ámbito Material del Control Judicial de la Acción Administrativa: La Legalidad Subjetiva y la Universalidad de la Jurisdicción

El art. 19.IV de la Constitución alemana simboliza bien lo que aquí quiere expresarse: aquel que sea vulnerado en sus derechos *por el poder público* tendrá abierta la vía judicial para su defensa.¹⁷ La garantía judicial tiene por objeto la protección y defensa de cualesquiera derechos e intereses frente al poder público. El control jurisdiccional será tan extenso o amplio como lo sea el derecho o interés que se hace valer ante el juez o tribunal. La primera y más elemental manifestación de la tutela judicial es la accesibilidad a la justicia –por lo que la denegación de justicia y la no fiscalización de determinadas categorías de actos jurídicos constituye el primer obstáculo que pretende allanarse con su reconocimiento constitucional-. A esta expresión le siguen otras, en función del derecho o interés subyacente y de las circunstancias concurrentes, como la tutela cautelar, o la diversidad de acciones y de pretensiones a disposición del ciudadano, superando el viejo paradigma revisor (la jurisdicción entendida como proceso al acto)¹⁸.

La construcción de la universalidad de la jurisdicción y la tutela judicial misma, así como los derechos público-subjetivos, se han erigido en el eje del Derecho Administrativo tradicional. En nuestro tiempo, se plantean en esta sede nuevos problemas, sin embargo, a resultas de la globalización y de la privatización¹⁹. A consecuencia de la primera, ha de

17 En alemán, por todos, *vid.* el comentario de E. Schmidt-Aßmann, "Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG", en Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, CH Beck, 2014. En español, *vid.* los capítulos correspondientes de la obra colectiva *La justicia administrativa en el Derecho Comparado* (editado por J. Barnes), Civitas, Madrid, 1993.

18 La existencia de exenciones al control judicial ha sido contrarrestada con la progresiva proclamación de la universalidad de la jurisdicción, en cuya virtud cualquier controversia que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos es susceptible de ser residenciada ante los jueces y tribunales para su defensa y garantía. Es la dimensión que podríamos denominar "cuantitativa" de la justicia administrativa: *la tutela judicial para ser real y efectiva ha de extenderse a la protección de la entera legalidad subjetiva*. La historia evidencia que la conquista ha sido lenta y gradual, nunca del todo alcanzada, en lo que hace a la extensión del control. No caben exclusiones al control jurisdiccional. La justicia administrativa ha de conocer de todos los asuntos en los que se encuentren involucrados derechos e intereses legítimos de los ciudadanos por imperativo del principio del Estado de Derecho y del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales relacionados (tutela judicial efectiva, derecho de acceso a la jurisdicción, derecho al proceso debido...). Aquí se incardina, entre otras, la problemática de los denominados "actos políticos" o de Gobierno, excluidos del control en épocas pasadas. Uno de los enfoques para superar ese obstáculo, desde la perspectiva de la tutela judicial, consiste en entender que, aun cuando se trate de actos de Gobierno (relaciones internacionales, por ejemplo), su enjuiciamiento estará garantizado siempre que se tenga legitimación para recurrir en el entendimiento de que de esa decisión se pueda seguir y que, en última instancia, remite a la posibilidad de invocar un derecho o interés jurídicamente protegido: si existe, se tendrá derecho a la tutela judicial).

19 *Supra* núm. II.2 y 3.

hacerse frente al reto que supone la existencia de múltiples organizaciones globales que adoptan decisiones, de aplicación inmediata o diferida –cuya implementación en ocasiones corre a cargo de las respectivas Administraciones nacionales- y que, sin duda, terminan por afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos de muchos Estados y, en todo caso, a su vida cotidiana. Qué papel les corresponde a los tribunales internacionales, y a los nacionales, es una de las cuestiones a debate en la actualidad.²⁰ Lo cierto es que la instauración de un control judicial o cuasijudicial en el espacio administrativo global acaso sea el mayor desafío que el administrativista contemporáneo deba encarar. Son muchas las cuestiones que hoy quedan fuera de un control efectivo²¹. Por su parte, la privatización o, por mejor decir, la realización a cargo de sujetos privados de actividades de interés general y de carácter regulatorio suscita en este punto dos problemas. El primero es similar al anterior puesto que entre esas organizaciones globales que operan más allá del Estado con efectos sobre los ciudadanos se encuentran numerosas organizaciones privadas o mixtas (públicas y privadas)²². El segundo es de carácter conceptual: si esas organizaciones, también dentro de las fronteras estatales, han de ser consideradas a efectos de control como si fueren Administraciones públicas²³.

2.3.2.2 Intensidad o Densidad del Control de la Discrecionalidad Administrativa

En lo que respecta a la *intensidad* del control, éste ha de extenderse, con la profundidad necesaria, a los hechos y fundamentos de derecho. El control de la discrecionalidad -criterios y vías- constituye la cuestión básica sobre la que sigue girando el debate del Derecho comparado. Basta aquí notar que el control judicial de la discrecionalidad representa la justificación misma del sistema. Ello ha centrado los mejores

20 Por todos, véase la obra colectiva *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* (Richard B. Stewart y Benedict Kingsbury), Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016, donde se abunda, a lo largo de los trece capítulos en esta problemática desde diversas perspectivas.

21 Ibidem.

22 Por ejemplo, la ICANN o ISO.

23 Me remito a mis trabajos “La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho Administrativo”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, 2018., así como “New Frontiers of Administrative Law: A Functional and Multi-Disciplinary Approach. Private Life of Administration – Public Life of Private Actors”, en *Common European Legal Thinking (Essay in Honour of Albrecht Weber)*, Publisher: Springer, Editors: H.J. Blanke, P. Cruz Villalón, T. Klein, J. Ziller, pp.563-588.

esfuerzos del Derecho Administrativo de las últimas décadas en todos los Estados democráticos y de Derecho. Son múltiples las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales que se han ido construyendo con el devenir del tiempo para aquilatar los criterios y las técnicas de control, en un delicado equilibrio entre el principio de división de poderes, del principio democrático y de la cláusula del Estado de Derecho. Representa la dimensión *cualitativa* de la tutela judicial frente al poder público: *para ser real y efectiva, la justicia ha de poseer una determinada cualidad o intensidad en su fiscalización.*²⁴

2.3.2.3 Una Justicia a Tiempo desde la Perspectiva de la Efectividad del Derecho a la Tutela Judicial

Que una justicia tardía es denegación de justicia, constituye una afirmación recurrente tanto de los tribunales regionales de los derechos humanos, como de tantos tribunales constitucionales. La excesiva duración de los procesos judiciales se muestra como un problema particularmente persistente, que no tiene fácil respuesta²⁵.

2.3.2.4 El Transcurso del Tiempo Antes de Resolver y la Falta de Tiempo del Juez como Enemigos de la “Independencia” Judicial

Un indicador añadido a los tres anteriores, más conocidos y convencionales, reside en el factor tiempo, entendido aquí en un doble sentido. De un lado, el tiempo de que dispone un juez u órgano jurisdiccional para ocuparse de un determinado asunto (¿horas? ¿días?). Si el juez u órgano jurisdiccional se haya sometido a una fuerte presión de trabajo y no dispone del tiempo necesario para su estudio, no podrá realizar un

24 En este contexto, cabría hacer clasificaciones comparadas, en función de que los jueces otorguen o no un mayor margen de apreciación en beneficio de la Administración (deferencia), o, por el contrario, asuman un papel más activista o de injerencia judicial. Sin embargo, esta dialéctica (deferencia *versus* injerencia) resulta un tanto simplificadora o superficial, si la comparación se hace con trazo grueso, sin muchos matices. Todo un conjunto de factores han de considerarse a fin de identificar un adecuado término de la comparación: el grado de discrecionalidad que la ley haya reconocido en cada caso a la Administración; los criterios o parámetros que la ley ofrece al juzgador; la clase de Administración (de corte ministerial u organismo regulador, por ejemplo); la posición e instancia que ocupe el tribunal de que se trate y los recursos de que conozca; etc.

25 Son numerosas las estrategias ensayadas. Por ejemplo, la tutela cautelar y provisional; un efectivo sistema de recursos administrativos; técnicas de arreglo extrajudicial; la configuración de procesos rápidos y diferenciados en función de la naturaleza o clase de acción ejercida (impugnatoria, declarativa, de prestación, de condena de contestar expresamente, etc.); el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; etc.

control riguroso, señaladamente cuando se trate de cuestiones complejas y/o a las que subyace un componente técnico.

De otro lado, el envejecimiento del asunto pendiente constituye un obstáculo, cuando llega al punto de la desaparición del acto jurídico en cuestión por anulación o derogación antes de que recaiga sentencia. Aquí el control es, no ya tardío, sino inexistente, cuando los jueces y tribunales sostienen en tal hipótesis que se ha producido la pérdida sobrevenida de su objeto. Otra variante se da en el caso de que el asunto se halle ya muy consolidado cuando llega a la mesa del juez. Aquí los efectos de una eventual anulación pueden producir consecuencias devastadoras, si se entiende que se trata de un vicio en origen y que ha de retrotraerse en el tiempo todo lo actuado. La tentación de dejar las cosas estar no es menor. Si, por ejemplo, años después de aprobado un reglamento, un plan urbanístico o un acto administrativo, el juez dicta sentencia anulando lo actuado, y la nulidad *ex tunc* acarrea graves consecuencias retrotrayéndose hacia atrás, ello puede suponer un obstáculo para que el juez anule el acto jurídico de que se trate. Son muchas las cuestiones que han de considerarse en esta sede, y en las que no es posible detenernos, aunque han de tenerse en cuenta para una teoría del control: desde el entendimiento de la nulidad sin efectos retroactivos en determinadas condiciones, hasta el control concomitante o paralelo por parte del juez en las distintas fases de procedimientos administrativos complejos.²⁶

El tiempo, en esas distintas dimensiones, es susceptible de transformarse en un enemigo de la “independencia” judicial, en la medida en

²⁶ Un problema grave en algunos países -por ejemplo, en España- es el de la nulidad del planeamiento urbanístico. Esta nulidad puede declararse judicialmente varios años después de haberse aprobado el plan y de haberse comenzado la ejecución. La cuestión se plantea desde perspectivas necesarias, aunque insuficientes cuando no inadecuadas: nulidad y ejecución de sentencias, efectos de la nulidad (*ex nunc* o *ex tunc*, respeto de las situaciones consolidadas y, en ocasiones, inefectividad de la tutela judicial, compensaciones...).

Es ese un planteamiento micro-jurídico, concentrado en la tutela judicial y su efectividad. Un enfoque “macro” obliga a repensar el tema desde la perspectiva del procedimiento administrativo. Cuando se trata de procedimientos administrativos complejos, de ordinario ubicados en la tercera generación, el control judicial no puede producirse como en los supuestos clásicos: control de un acto administrativo definitivo, habitualmente bilateral. Aquí se trata de actos jurídicos generales o de actos administrativos generados en el seno de largos procedimientos administrativos de carácter multilateral y compuesto, donde el control judicial no puede reducirse a un momento final, puesto que por definición la tutela judicial será siempre inefectiva, no ya sólo en términos de tiempo (cuándo se produce el control), sino por otras razones adicionales ya apuntadas: el transcurso del tiempo afecta también a la libertad del juez para enjuiciar el asunto, se convierte en un enemigo de la “independencia judicial”, ya que las situaciones en buena medida podrán estar consolidadas y avaladas por una discrecionalidad técnica y/o política de la que el juez carece; el juez no tiene tiempo para examinar todo en su integridad y complejidad ¿qué juez puede dedicar varios meses a un asunto de naturaleza sumamente compleja?).

El control del juez ha de poder producirse cuando se cierran las grandes fases o escalones, y limitado a éstos.

que convierte *de facto* la cuestión en inatacable. El juez, y ello es lo que quiere subrayarse con el uso forzado del término “independencia”, no es “independiente del tiempo”.

2.4 Dualidad de la Tutela Jurídica

2.4.1 La Convivencia Contemporánea de la Justicia Administrativa y de la Justicia Judicial

Actualmente, y a diferencia del dilema originario (justicia administrativa vs. justicia judicial), ambos modelos no se conciben como antagónicos, sino como complementarios. De hecho, mientras el modelo británico, por ejemplo, se ha aproximado al europeo-continental en la medida en que muchos de sus *tribunals* han adquirido en los últimos años un carácter jurisdiccional, el europeo-continental ha incorporado tribunales administrativos cuya resolución puede luego residenciarse ante los órganos jurisdiccionales, como sucede significativamente con los tribunales administrativos de contratación pública a impulsos de la Unión Europea o con los tribunales económico-administrativos en España. Sin entrar aquí en detalle sobre esa evolución, lo cierto es que no constituyen modelos alternativos o excluyentes: el control puede producirse primero en sede administrativa a través de procedimientos de recurso de naturaleza cuasi-judicial, y luego en sede jurisdiccional. En tales casos, y aunque la última palabra, como se ha dicho, corresponda a los jueces, puede darse una suerte de implícito “reparto” de funciones entre el control administrativo y el judicial en algunos supuestos (por ejemplo, centrando la ulterior revisión judicial de asuntos de alta complejidad y discrecionalidad técnica, ya enjuiciados en sede administrativa por un órgano administrativo dotado de autonomía funcional, en la observancia del procedimiento administrativo, más que en el fondo, como sucede en el caso estadounidense).

La convergencia y aproximación entre ambas estrategias (justicia *en* o *sobre* la Administración) que se observa contemporáneamente se extiende, primero, a la necesaria *especialización* de los jueces y tribunales en el enjuiciamiento de la Administración, y ello con independencia de que trabajen en el seno de los sistemas nacionales basados en una jurisdicción común para conocer de los asuntos civiles y administrativos (monistas), en una jurisdicción especializada (dualista), o en esquemas

híbridos²⁷. Y, segundo, a los parámetros o cánones de control para fiscalizar a la Administración (el principio de proporcionalidad constituye un ejemplo ilustrativo: inicialmente nacido en el sistema del *civil law*, se ha entendido por el *common law*).

2.4.2 Tutela Jurídica Mediante Procedimiento Administrativo (que no tienen por objeto la resolución de un recurso)

El procedimiento administrativo no es sólo vía o “soporte” de una reclamación o recurso administrativos. Sirve para canalizar también el dictado de un acto administrativo, sea a instancia de parte (solicitud de una autorización) o de oficio (un procedimiento sancionador). Y desde luego para la elaboración de cualquier otro acto jurídico (reglamento, plan, programa, contrato, convenio, derecho blando, por ejemplo). Un inteligente diseño y una acertada aplicación de esos procedimientos administrativos representa por de pronto un mecanismo indudable de control, capaz de prevenir y evitar el conflicto. Vistas así las cosas, el procedimiento administrativo se erige en una suerte de control preventivo y anterior al judicial²⁸.

En suma, la sabia conjunción de ambos brazos, procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional, permite obtener mejores resultados. A ello se añade que en el seno de un procedimiento administrativo se

27 A nuestros efectos, puede verse S. Cassese, *ibidem*, pp. 298-299.

28 Piénsese a título de ejemplo en la combinación de normas y garantías de procedimiento administrativo, previas a la decisión, tales como la transparencia, la participación o la motivación de la resolución o norma en cuestión, de un lado, con el ulterior control judicial, de otro. Forman una unidad a los efectos de la defensa ciudadana. Primero, porque un procedimiento muy riguroso en lo que a transparencia, participación y motivación atañe es susceptible de capturar eventuales desviaciones, como se ha notado. Segundo, porque el juez no sólo podrá examinar si el procedimiento (proceso decisorio previo) se ha respetado, sino también —por ejemplo, de la mano de una exigente motivación— si ésta se corresponde con los hechos, pruebas, alegaciones y fundamentos jurídicos que constan en el expediente, y ello con independencia de que, a la luz del procedimiento administrativo, quepa, en su caso, además, un enjuiciamiento del fondo mismo con la ayuda de los principios generales del Derecho o el control de la desviación de poder. El control judicial es mucho más sólido si ha habido un procedimiento previo. En tal sentido, pues, conforman un combinado. El control *ex post* se sirve del control *ex ante*. Y la eventualidad de un ulterior enjuiciamiento condicionará el curso del procedimiento mismo.

Por lo demás, y por continuar con el mismo ejemplo, el control judicial - densidad, alcance, parámetros y efectos- varían también en función de la tipología de procedimientos administrativos en los que se haya producido el acto jurídico objeto de impugnación. Baste notar a nuestro limitado propósito que no es lo mismo el control judicial de un acto administrativo reglado dictado en un procedimiento administrativo tradicional o de primera generación, que una norma aprobada por el banco central, dotado de independencia y de notables potestades discrecionales, a través de un procedimiento de amplia participación, por ejemplo. El control jurisdiccional en el primer caso se centrará en si la decisión es o no correcta a la vista de la ley material, mientras que en el segundo tendrá que poner el acento en el procedimiento, ya que poca luz arrojará la ley material en el caso al haber diferido la solución a la Administración en el seno de un procedimiento participativo.

pueden controlar más cosas que las relativas a la mera legalidad. Y ello no ya sólo porque eventualmente en un recurso administrativo puedan hacerse valer consideraciones de oportunidad y no sólo de legalidad²⁹, sino porque representa también un medio que puede servir de garantía de una mejor regulación; de realización de una política pública de más calidad³⁰; y, en definitiva, de un gobierno más moderno y eficaz³¹, señaladamente cuando la propia ley no ha predeterminado la solución y es en el seno del procedimiento donde han de hallarse las soluciones.³²

3 Segundo Elemento: el Control Judicial en el Contexto de los Restantes Controles

La relevancia adquirida por el control judicial en el seno del Derecho Administrativo ha ido acompañada de otros controles cuya mezcla y combinación ha dado lugar a un cuadro más complejo y sólido. Desde el control parlamentario o el control del Defensor del Pueblo, pasando por el control contable por órganos independientes (tribunal de cuentas, por ejemplo), hasta controles de unas Administraciones sobre otras, o de instancias supraestatales (por ejemplo, la Comisión europea), sobre Administraciones nacionales³³. Aquí aludimos por vía de ejemplo a un

29 Así sucede en Alemania, con el recurso administrativo, a través del que caben plantear cuestiones de legalidad y de oportunidad, según se desprende del artículo 68 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, relativa al procedimiento administrativo previo (*Vorverfahren*).

30 Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos en los que se insertan evaluaciones ambientales, evaluaciones de impacto regulatorio, y similares. El procedimiento constituye aquí el foro para la adopción de decisiones que no están predeterminadas en la ley.

31 Ese fue el proceso confesado de los redactores de la Ley de procedimiento administrativo norteamericana.

32 Tal es el caso de la legislación del medio ambiente en la Unión Europea, que se resuelve en esencia en un ordenamiento de naturaleza procedimental.

33 Uno de los secretos mejor guardados acaso sea que no haya mejor control, por su alcance y efectos, que el que puede realizar una Administración sobre otra. Y ello por muchas razones: primero, porque por principio sería capaz de reproducir en caso de debate el mismo juicio técnico que el órgano originario, es decir, no se quedaría, como si de un juez se tratase, en los aspectos de legalidad "externa" (procedimiento, competencia, presupuesto, y así sucesivamente), y el (limitado) control de fondo mediante las técnicas de control de la discrecionalidad (principios de proporcionalidad o prohibición de exceso, prohibición de trato discriminatorio, control de los hechos determinantes, desviación de poder); segundo, porque puede prevenir la generación del conflicto. Por ejemplo, cuando se trata de supervisar y garantizar políticas públicas, o acciones o medidas de alcance general, proyectadas sobre un sector social en su conjunto: cuando la Administración medioambientalmente responsable supervisa que la Administración competente para llevar a cabo un programa energético o urbanístico atiende los requerimientos del crecimiento sostenible; cuando una organización más allá del Estado –por ejemplo, el Banco Mundial- controla y exige la participación ciudadana en la aprobación de un proyecto de obra pública. Ello valdría también en materia de recursos administrativos siempre que, primero, el recurso se extienda a todas las cuestiones de legalidad, y, en su caso, de oportunidad, y, segundo y sobre todo, la Administración o el órgano que resuelve sea en verdad independiente y neutral (tribunales administrativos, organismos reguladores independientes...). Puede verse el ejemplo de la legislación ambiental de matriz europea, en particular en lo que hace a las evaluaciones estratégicas ambientales. Véase por ejemplo la

pequeño grupo. La idea que quiere subrayarse ahora es bien simple: el control judicial no es el único control, ni el primero, y es necesario conjugar -mezclar- adecuadamente ese abigarrado sistema para, en su conjunto, alcanzar una rendición de cuentas efectiva.

3.1 El Significado y Aportación del Control Judicial en el Marco de los Demás Controles

Como ha quedado dicho, no puede hablarse de Estado de Derecho sin control judicial del ejecutivo y de las Administraciones. El control judicial es jurídico (el juez lo es de la legalidad, no de la excelencia ni de la eficacia); es un control formalizado; *ex post*; iniciado desde fuera de la Administración; puntual, eventual o esporádico; y con un enorme potencial sancionador.

Ahora bien, no basta con ello. El sistema del Derecho Administrativo ha de ofrecer otros mecanismos y garantías que, primero, sean de naturaleza preventiva³⁴; segundo, se refieran al conjunto de la política pública y no a la decisión aislada, objeto de impugnación³⁵; y, tercero, que sean capaces de medir la eficacia de la acción administrativa y la calidad de los servicios que la Administración presta³⁶. El control puede ser *ex ante* o *ex post*; preventivo o retrospectivo; de eficacia o de legalidad; general (política pública) o individual (medida singular); permanente y sistemático (evaluaciones periódicas) o puntual y esporádico; afirmativo (evalúa y propone alternativas), o corrector (si se ajusta o no a lo previsto), por ejemplo.

En lo que ahora importa, y comenzando por lo más obvio, conviene retener tres datos:

El control jurisdiccional de la acción administrativa no es el único control, sino el último. Es, y valga la imagen, lo que la cirugía a la medicina, el último remedio, aunque no el único. En cierto modo constituye una

Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (por ejemplo, http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/128036_es.htm).

34 Por ejemplo, el procedimiento administrativo previo no sólo tiene por finalidad garantizar el acierto en la decisión, sino la tutela de los derechos e intereses afectados. Un procedimiento administrativo bien diseñado y aplicado contribuye decisivamente a evitar desviaciones de la legalidad.

35 Así, por ejemplo, las evaluaciones de impacto regulatorio *ex ante* y *ex post* constituyen igualmente un instrumento de control de la política pública en su integridad. Sobre el tema, *vid.* Jean-Bernard Auby y Thomas Perroud (editores), *La evaluación de impacto regulatorio*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013.

36 Son numerosos los instrumentos de control y medición de la calidad de los servicios, y, más en general, de las políticas públicas. Baste el ejemplo de la nota anterior.

suerte de fracaso de todos los controles previos en favor de una vida sana y una medicina preventiva.

La tutela judicial es *individual* (se calca y proyecta –de ordinario- sobre el derecho individual a proteger), y *singular* o *puntual*, es decir, no se extiende sistemáticamente al conjunto de la política pública en la que la decisión o norma combatidas se insertan.

El control judicial es de carácter *binario* (legal o ilegal) y *negativo* (expulsa lo que es contrario al ordenamiento jurídico, lo que no es legal), pero no constituye un control de eficacia o excelencia, ni de contenido positivo (si la medida examinada pudo ser “mejor”, “más eficaz”, etc.)³⁷.

3.2 Las Múltiples Manifestaciones del Control. La Clave del Control Reside en el Arte de la Mezcla

El sistema de control regula el ejercicio del poder ejecutivo. Ahora bien, ese sistema varía en cada Estado en función de su modelo de gobierno, que a su vez viene condicionado por su respectiva estructura constitucional. A ello se añade que cada familia jurídica ha seguido una línea tradicional, llamada en cierto modo a un intercambio de experiencias, si no a una cierta convergencia. Baste una simple nota para destacar la riqueza de perspectiva:

3.2.1 La Doctrina Europeo-continental

La doctrina europeo-continental del Derecho Administrativo ha ensayado diversas construcciones y enfoques sistemáticos del control de la Administración, en el bien entendido de que constituyen un conglomerado, profundamente interrelacionado.

Aun ciñéndonos a los controles más usuales que se proyectan sobre la Administración y limitando su concepto al análisis retrospectivo de las eventuales desviaciones de su acción a la luz de determinados criterios, ha de reconocerse que son muy diversas sus expresiones y sus formas de sistematización. Así, por ejemplo, los controles pueden ser internos (o de autocontrol, como el contable) o externos (auditoría externa, o de legalidad ejercido por una Administración superior sobre la inferior). El

³⁷ El control judicial, en otras palabras, delimita en términos negativos lo que no es legal, legítimo, válido, justo. Discurre en una suerte de razonamiento binario: ilegal/ilegal; legítimo/ilegítimo; válido/inválido; bueno/malo; luz roja/luz verde.

control puede versar sobre el resultado (la decisión finalmente adoptada controlada por un juez, la calidad de una prestación medida por un tercero), sobre el procedimiento (v.gr.: de eficacia, de eficiencia en su tramitación, de observancia de las formas), o sobre la política pública (no se examina una acción individual, sino por ejemplo la gestión medioambiental en su conjunto de la recogida de residuos urbanos, o la protección de datos de una Administración). El control, como ya se ha dicho, puede ser previo (la intervención de un órgano consultivo con informe vinculante, por ejemplo), concomitante o paralelo (como el que se pueda suceder en las distintas fases del procedimiento, como el expropiatorio, antes de que concluya), o ulterior (una vez dictado el acto administrativo, el control en vía de recurso administrativo o judicial). El control puede ser de legalidad, de oportunidad y de economía (o eficiencia). El control puede ser jerárquico, a cargo de una unidad superior, o realizado por un órgano descentralizado, que opera con cierta autonomía (control de calidad, de recursos, como un *cost center*, por ejemplo). El control puede realizarse de oficio o a instancia de parte (a consecuencia, por ejemplo, de un recurso, o una petición). Los controles pueden ser igualmente permanentes, espontáneos o eventuales, y periódicos. Los controles pueden ser estatales o sociales. A estos controles deben añadirse otros con nombre propio, como el parlamentario, o el control del Defensor del Pueblo.

3.2.2 La Familia Anglo-americana

La perspectiva anglo-americana ha podido distinguir entre controles políticos, jurídicos y “burocráticos”. El control político mira los fines que persigue cada política y cuáles son sus resultados (es el típico control que ejerce el parlamento). El control jurídico examina si la Administración se conduce dentro de la ley y el Derecho. El control “burocrático” tiene por objeto la auditoría pública (economía, eficiencia, efectividad) y los procesos decisorios que se siguen en el seno de las organizaciones públicas (justicia, coherencia, capacidad de respuesta). En el fondo el sistema de control se alimenta de dos ideas fundamentales: la rendición de cuentas (*accountability*) y el *check-and-balances*.³⁸

³⁸ Véase el análisis comparado de Inglaterra, Estados Unidos y Australia de P. Cane, en su obra *Controlling administrative power*, Cambridge University Press, 2016, capítulo 5 y ss.

En la familia anglo-americana, el estudio del control se diversifica en virtud de las distintas actividades que se consideran típicamente administrativas: la interpretación de la ley (que se considera una función materialmente judicial), la identificación de los hechos relevantes, la realización de políticas públicas, la elaboración de normas infralegales o legislación secundaria (reglamentos de toda clase y condición) y el dictado de actos administrativos. El control se ejerce además a través de otros canales: por medio de instrumentos en su momento originariamente propios del Derecho privado -como la responsabilidad extracontractual y la legislación de contratos-, y, desde luego, a través de la circulación de la información -sea entre Administraciones e instituciones públicas, sea entre éstas y los individuos-, y que constituye a la postre la sangre y el oxígeno de todo sistema de control.

3.2.3 Una Visión Comparada de Ambas Familias y el Control

A cuanto se ha esbozado conviene añadir un contexto diverso. Si examinamos ambas culturas jurídicas y, en particular EE.UU. vs. Europa, cabe reconocer una función distinta del Estado y, por consecuencia, de la Administración, respecto del individuo y de la sociedad y, señaladamente, en lo que hace a la vida económica. Ello repercute desde luego sobre el Derecho Administrativo en general y, sin duda, y en lo que ahora importa, sobre el control de la Administración. Y es que en el mundo norteamericano el Estado, por decirlo de modo simple y en los términos muy amplios, es más regulador que prestador. De ahí que, por ejemplo en el caso estadounidense, la regulación a través de reglamentos de la sociedad que lleva a cabo la Administración (sean o no agencias) se halle fuertemente disciplinada, puesto que al fin y al cabo tal es la actividad y función gubernamental y administrativa por excelencia. El reglamento ha sido el centro del Derecho Administrativo norteamericano.³⁹ Por el contrario, en el modelo europeo-continental, el Estado no es sólo regulador, sino que es prestador (hacedor, artífice, organizador y gestor). La idea de control, habida cuenta la mayor complejidad, heterogeneidad y extensión de la acción estatal y administrativa, resulta más difusa. Acaso esa sea una de las causas, que no la única desde luego, de que en el modelo norteamericano se haya puesto más énfasis en el control

39 Vid. P. Cane, en su obra *Controlling administrative power*, cit. pp. 517 y ss.

de los reglamentos y su producción, que en la familia europeo-continental. En ésta, sin embargo, la tarea de control resulta más vasta, menos concentrada. Ello puede explicar que haya quedado fuera de la teoría del control durante largo tiempo la organización de las prestaciones que lleva a cabo el Estado (por ejemplo, si un servicio público se presta por la propia Administración, bien sea a través de medios propios de la Administración o por medio de un contrato de concesión de servicio público, pese la repercusión indudable que ello tiene, parece formar parte de la discrecionalidad administrativa, y es objeto de un menor control que, por ejemplo, un simple acto administrativo).

3.2.4 Algunos Problemas Contemporáneos: el Fenómeno de las Super-agencias y la Privatización

Entre otros problemas que preocupan a ambas familias jurídicas, pueden ahora subrayarse dos. De un lado, el crecimiento exponencial de poderosas Administraciones, más o menos independientes, y cuyo control se ve superado por los moldes tradicionales (bancos centrales, por ejemplo). De otro, la privatización -entendida como transferencia de responsabilidades al sector privado bajo la vigilancia del poder público (y no como una mera retirada del Estado) y la externalización de funciones (a través de la contratación), que en teoría escapan a los controles diseñados para los actores públicos en ejercicio de autoridad. En uno y otro caso, el Derecho Administrativo, en colaboración con otras ramas del Derecho, ha de redefinir los controles, tanto de esas super-agencias, como de los actores no estatales que ocupan una posición relevante frente a terceros en determinados sectores o actividades de interés general.

4 Tercer Elemento: la Dirección y el Control de la Administración, Dos Dimensiones Inseparables

Ahora bien, no se trata sólo de identificar desviaciones y de repararlas, sino aun antes de establecer criterios y directrices para una mejor actuación, es decir, de dirigir a la Administración para optimizar su acción. El control es un instrumento al servicio de un mejor resultado. Por tanto, es necesaria una más inteligente “programación” de la Administración -cuyo control se producirá en un momento posterior-.

El control y la dirección constituyen, en efecto, las dos caras de una misma medalla. No es sólo una cuestión de frenos. No basta con evaluar y examinar a la Administración a la luz de ciertos parámetros. No es suficiente con constatar retrospectivamente si se ha actuado, de modo singular o sistemático, de conformidad con esos criterios. Resulta obligado pensar en la dirección de la Administración. Primero, porque todo control aspira en realidad a una optimización, a mejorar el resultado para el futuro. Y, segundo y sobre todo, porque el mejor control es una buena dirección de la Administración. Téngase en cuenta, en efecto, que el control pretende garantizar la observancia de determinados parámetros, obtener la información necesaria, aprender de las experiencias, fomentar una mejor gestión⁴⁰.

Dicho de un modo más simple: el control lo es del cumplimiento de unos criterios, parámetros o estándares y en ellos se expresa la dirección de la Administración. Pero esa dirección no se lleva a cabo tan sólo a través de normas o actos jurídicos de toda clase que establezcan pautas de conducta, sino también por medio de otras estrategias e instrumentos indirectos que, a la postre, condicionan la acción administrativa. Aquí se incluyen desde el diseño de organizaciones adecuadas para la responsabilidades atribuidas hasta modelos de trabajo interno, desde canales eficaces para obtener y procesar la información hasta incentivos de calidad de los servicios, y desde luego procedimientos administrativos idóneos.

5 Cuarto Elemento: el Personal

El Derecho Administrativo es la rama más extensa y compleja del ordenamiento. Sirve de correa de transmisión para transponer a la realidad los valores, principios, bienes y derechos constitucionales; despliega todo un conjunto de herramientas para hacer que las más amplias capas de la población accedan a los bienes y servicios esenciales, esto es, para crear clase media. La Administración materializa las aspiraciones del Estado, lo simboliza. A tal efecto, se le otorgan enormes poderes. De ahí la importancia del control administrativo y judicial, del juego conjunto de controles, de mejorar la dirección.

⁴⁰ Véase W. Kahl, „Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle“, cit., p. 463.

Y, sin embargo, de poco servirían no ya esos controles, sino las garantías que aporta el Derecho Administrativo, si quien ha de gestionar ese Derecho no es siquiera jurista. Esa es la enorme paradoja del Derecho Administrativo. La interpretación de las leyes, la aplicación al caso concreto, el ejercicio de potestades exorbitantes (incluida la sancionatoria) pueden estar en manos de personal con escasa formación en Derecho Administrativo o sencillamente sin cualificación jurídica alguna. La jurisdicción contencioso-administrativa puede estar integrada por jueces sin formación en la disciplina.

El primer control reside no ya sólo en la existencia de una personal al servicio de la Administración cualificado, sino en el acompañamiento que a ese personal haga el experto en Derecho Administrativo. El caso del Derecho Administrativo sancionador es un simple ejemplo de ese singular déficit.⁴¹

6 Una Reflexión Final

En nuestro tiempo, se hace obligado redefinir la teoría de los controles del Ejecutivo y de la Administración, integrándola de los distintos elementos que la componen y trabajan en la misma dirección, de un lado y, de otro, actualizando su contenido puesto que las transformaciones contemporáneas del Estado contemporáneo (privatización, globalización, superagencias y otros fenómenos interrelacionados) así lo exigen.

Hubo un tiempo en que “control de la Administración” era sinónimo de “control judicial”. Más tarde se advertiría que, dejando aparte otras limitaciones intrínsecas, la justicia judicial es lo que el quirófano a la medicina y que no se dirige a la Administración, como tampoco la salud de las personas, a base de “cirugía”. Había que completar el control judicial con el resto de controles, contemplarlos en su conjunto para hacer los ajustes necesarios y darles la proporción debida. Se trata de un cuadro completo, y no de un verso suelto. Luego se descubriría que no basta con frenar, sancionar, anular, reparar o corregir, sino que la mejor forma de controlar es establecer criterios y directrices que impulsen en positivo la acción administrativa, y que lo hagan de modo sistemático o generalizado, y no, como sucede con la jurisdicción, “golpe a golpe” de casos individuales. Dirigir bien es la mejor

41 Vid. J. Barnes, “Una reflexión crítica sobre el Derecho Administrativo sancionador: la necesidad de interiorizar el método judicial”, en *Régimen Administrativo Sancionador*, XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Guayaquil, 2018.

forma de controlar. Por último, y sin carácter exhaustivo, se comienza a poner el acento en el personal. Hemos heredado conceptualmente, y admitido un sistema de Derecho Administrativo avanzado (con enormes poderes en favor de la Administración), que presupone un personal altamente cualificado, independiente, que actúa con objetividad y, desde luego, con conocimiento experto en Derecho Administrativo.

Por otro lado, aunque ello quede fuera del objeto de estas páginas, es necesario actualizar -y repensar- los controles más clásicos, comenzando por el control parlamentario, pasando por la fase ascendentes y descendente de la acción administrativa más allá del Estado, o extendiendo ciertos principios a los actores privados cuando desarrollan actividades -como las de regulación o de servicio público- con efectos relevantes respecto de terceros. El sistema operativo ha quedado muy atrás a resultas de las transformaciones del Estado contemporáneo.⁴²

⁴² Sobre este tema me remito a la obra colectiva coordinada por quien suscribe *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.

Bases Conceptuales del Control Administrativo

Hugo Haroldo Calderón Morales*

Introducción

Uno de los principios que rigen el derecho administrativo de control (derecho administrativo de vigilancia) es la vinculación al de órganos creados para que las tareas, de la administración se hagan conforme a las normas establecidas, como ha venido a reconocer la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en amplia Jurisprudencia. Esa vinculación permite estructurar la potestad de vigilancia de la administración con equiparación de lo que se dispone en el ámbito administrativo, quedando asimilada y vinculada a la infracción administrativa a la infracción penal y la sanción a la pena, puesto que del control o vigilancia de la administración pueden devenir sanciones puramente administrativas, aunque también pueden derivar en delitos y faltas plenamente determinadas en las leyes penales que constituyen típicos y antijurídicos.

En el Estado Administrativo moderno es imperativo que la legislación sea efectiva, esto es, que alcance los objetivos para los cuales fue diseñada. Lo anterior impacta en el modo en que se concibe al Derecho Administrativo, que debe orientarse a la eficacia o efectividad de aquéllos: es una herramienta que permite hacer cumplir los fines dispuestos por quienes formulan políticas públicas, a través de la implementación de una determinada regulación efectiva. Esto pone a la Administración Pública en una posición de preeminencia, pues a través de su actuación se concretan las disposiciones que legalmente se encuentran para el desarrollo de una buena administración, en virtud de su diseño institucional, se encuentra posibilitado para el cumplimiento de competencias

* Profesor Titular de Derecho Administrativo I, II y Procesal Administrativo en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Presidente alterno de la Asociación Internacional de Derecho administrativo y miembro honorario de la Asociación Mexicana de derecho Administrativo.

establecidas a través de las sanciones administrativas, cuando los particulares incurren en violación a esas disposiciones para hacerlas cumplir por sí mismo, es decir desde la sede administrativa.

En este contexto institucional, las condiciones o presupuestos legales de acuerdo a los cuales una determinada competencia administrativa se torna eficaz deben ser tratados por la ciencia jurídica administrativa. De ahí que adquieran relevancia los medios de control administrativo financiero y judicial, como instrumentos reguladores, de alguna manera de control de los actos de la administración y con ello evitar en gran medida injusticias administrativas, y especialmente los actos de corrupción, y su modo de funcionamiento eficiente de la administración. Entre éstos se hallan los controles administrativos, que han sido tratadas por la doctrina y jurisprudencia constitucional desde la perspectiva de su concepto, legitimidad constitucional, así como las limitaciones que la administración pública tiene, la configuración y ejercicio de la potestad de control. Finalmente, aunque sólo de manera reciente, se ha investigado acerca de la función que cumplen los órganos de control y los límites de su competencia. En torno a este último enfoque se desarrolla el presente trabajo, cuyo primer objetivo es situar a los órganos de control administrativos con el objeto que la administración desarrolle su actividad a normas establecidas entre los instrumentos dirigidos a obtener el cumplimiento de la regulación administrativa, se encuentra la Ley de la Contraloría General de Cuentas, El Tribunal Contencioso Administrativo, la Corte de Constitucionalidad. Se trata, pues, de adoptar una aproximación funcionalista de Derecho Público respecto a esos medios de control, cuando hay acciones administrativas transgresoras en la función pública. A tal efecto, y como segunda finalidad, se incorpora la idea de regulación responsiva de los actos administrativos y las potestades que el Estado tiene para controlar que las tareas administrativas se desarrollen como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, es decir la obligación de la administración de desarrollar su actividad como lo establece el artículo 221 que señala al Tribunal Contencioso Administrativo, como garante que la administración resuelva de conformidad con el principio de juridicidad.

1 El Control Administrativo

El control puede definirse como la evaluación de la acción administrativa, para detectar posibles desvíos respecto de lo legalmente establecido en las leyes administrativas, desvíos que serán corregidos mediante la utilización de un sistema determinado cuando excedan los límites admitidos. También puede definirse como la regulación de actividades de acuerdo con los requisitos de los planes. El objetivo fundamental es asegurar el cumplimiento de los objetivos básicos de la organización administrativa. Lo que requiere tener conocimiento de las acciones que se ejecutan, la correlación existente entre estas acciones respecto al objetivo y la eliminación de los obstáculos que puedan trabar el logro de las metas establecidas. Esta evaluación de la acción, o regulación de actividades, el control, en definitiva, adquiere diversos significados.

1.1 El Control de la Administración Pública

El control para la Administración tiene tres elementos:

Normas que representan una actuación deseada. Estas pueden ser tangibles o intangibles, vagas o específicas, pero si los interesados no entienden los resultados esperados se crean confusiones.

Comparación de los resultados efectivamente logrados contra las normas. De esa comparación surge una evaluación, hecha por alguien competente que luego informa a la Dirección Superior con autoridad para tomar las decisiones correctivas.

Acciones correctivas, que como resultado de la evaluación realizada rectifican los errores detectados para obtener los resultados planeados. Este tipo de control, si bien tiende a hacerse "Normativo" por el tipo de sanción que implican los incumplimientos, es en definitiva "Utilitario" y refleja el concepto del control administrativo en su forma más amplia. Primero existe una norma, luego una comparación entre plan y acción, una evaluación de los desvíos y luego la corrección de la autoridad competente.

1.2 Teoría de Sistemas

Control, es aquella función del sistema, que sostiene las variaciones de lo ejecutado dentro de los límites permitidos, de acuerdo a un plan. Aquí se enfatiza que existe en todo sistema un plan con objetivos que

tienen tolerancias definidas y que las variaciones, fuera de los límites permitidos, son corregidas por el control. Elementos del Control: De los conceptos anteriores surge que podemos concebir al Control como parte de un todo, o como un Subsistema dentro de un sistema mayor, superando al concepto clásico, estático, como una etapa más dentro del proceso administrativo típico de Planificar, Administrar y Controlar. Esta concepción del control que lo ubica como un Subsistema dentro del Sistema Administrativo total de la Organización, nos permite analizar los elementos que componen este Subsistema de la siguiente manera:

Una característica o atributo o condición a controlar. (Norma, Plan, Conducta), Un sistema “anda bien” cuando cumple sus objetivos, para poder controlarlo hay que seleccionar de la totalidad de operaciones que se desarrollan dentro del sistema, aquellas más relevantes, cuya medida da la pauta del funcionamiento total del sistema.

Un mecanismo o sistema sensor, que sea capaz de medir, a intervalos determinados, el atributo bajo control. El desarrollo de técnicas de control consiste fundamentalmente en diseñar estos instrumentos de medición y su colocación dentro del sistema, de manera tal que el consumo de energías para el control sea lo más bajo posible. Por ejemplo, el diseño de un buen plan de cuentas y su correcta utilización, serán fundamentales para el éxito del sistema de control contable.

Una red de comunicación que vincula al instrumento de control con el grupo de control. Siendo el control información para evaluar y corregir, es fundamental que en el diseño de la red de comunicación se tengan presentes los dos principales problemas que se presentan: La longitud y el ritmo del flujo de la información. La rapidez que el conocimiento de la información requiera, se puede ver afectada por una excesiva amplitud y bifurcaciones en el sistema de comunicaciones internas dentro de la organización. El respeto a las líneas jerárquicas, la inexistencia de cronogramas que obliguen al cumplimiento de plazos, etc. son problemas que se presentan. Por otra parte, la corriente de información para control no es continua sino alternada, en plazos que el analista de sistemas de control debe establecer con sumo cuidado para que la información necesaria para la toma de decisiones correctivas se pueda tomar dentro de límites tolerables.

Una Unidad de Control, para que compare lo planeado con lo ejecutado, detectando la magnitud y el sentido de los desvíos. La determinación de las causas y la adopción de las medidas correctivas son

actividades de los centros de planeamiento y dirección, no del centro de control. Algunos sistemas de control incorporan un instrumento corrector para que el sistema vuelva al equilibrio planeado, esto se denomina sistema de control automático u homeostático. En Administración casi todos los sistemas de Control presentan la fase de retroalimentación, es decir que la información genera modificaciones en los subsistemas de planeamiento o de dirección, previa intervención humana. Son muy pocos aquellos casos en que son posibles implantar mecanismos de corrección automáticos.

1.3 Requisitos del Control

Debe reflejar la naturaleza y necesidades de cada actividad y organización: Un sistema de control debe adaptarse al tipo de operaciones que se deseen controlar. Los instrumentos para controlar ventas serán distintos de los diseñados para ser empleados en las compras o las finanzas de la empresa. Asimismo una pequeña empresa necesita controles distintos a una mediana o gran empresa.

Debe reflejar rápidamente los desvíos: La información debe llegar al responsable de tomar las decisiones correctivas lo antes posible para minimizar los daños que puedan causar las fallas detectadas.

Debe ser flexible: en caso de cambios en los planes o de circunstancias imprevistas, el control tiene que ser factible de ser modificado.

Debe reflejar el modelo de organización: Al ser la organización el vehículo fundamental de coordinación entre las personas que forman la estructura de la empresa, los controles deben respetar el modelo estructural vigente.

Debe ser económico: es decir, cada control debe justificar lo que cuesta implantarlo. Dependerá de la capacidad de quién elija los factores auténticamente estratégicos en las áreas más importantes y diseñe los instrumentos para controlarlos.

Debe ser comprensible: algunos dispositivos de control, fórmulas matemáticas, gráficos complicados, estadísticas, etc. suelen ser complicados y poco comprensibles para los dirigentes que han de servirse de ellos.

Debe asegurar una acción correctiva: el control debería indicar el camino para la acción necesaria identificando dónde se produjo el problema, quién es el responsable y qué debe hacerse para corregirlo.

El control administrativo es aquel que se desarrolla dentro de la esfera de la administración pública, en este caso se pueden establecer dos supuestos en los que se puede dar el control administrativo, a saber: a) de oficio o control jerárquico; y b) a petición de interesado.

2 Tipos de Control

2.1 Control de Oficio o Jerárquico

En este caso, nos referimos al control jerárquico, siendo éste uno de los poderes que otorga la jerarquía. El control jerárquico es el que ejerce el superior jerárquico sobre los subordinados, por ejemplo, un ministro de Estado tiene la facultad de controlar los actos, decisiones y resoluciones de sus direcciones generales. Este tipo de control también es llamado por algunos autores como control indirecto, pues no es una mera garantía para el particular, puesto que el administrado no interviene en esta actividad, por ser interno y no existe una notificación previa al particular, es decir que no es una obligación del superior que controla de hacerlo saber al particular, ni el particular el derecho de pedir que se controle la actuación del subordinado.

Para que este tipo de control se dé en la actividad de la administración pública guatemalteca se hace necesario que concurren ciertos elementos, como por ejemplo:

Que exista plenamente jerarquía entre los órganos administrativos, es decir que sean órganos de una misma competencia.

Que el control se dé previamente al acto de la notificación al particular, pues en este caso ya no funcionaría el control, puesto que si el particular ya consintió la resolución, solo él puede pedir el control a petición de parte.

2.2 El Control Técnico

El control técnico es un control administrativo, aunque no es jerárquico, sino se trata de un control que realizan órganos especializados de la administración pública sobre órganos administrativos con competencia.

El control técnico es un tipo de control que se puede dar dentro de la administración pública y hacia afuera de ella, por ejemplo, el control que ejerce la Contraloría General de Cuentas, sobre el manejo de fondos

públicos, que es un control interno de la administración. Así se puede dar el control hacia fuera de la administración, por ejemplo, el control que ejerce la Superintendencia de Bancos, sobre instituciones privadas, como lo son los Bancos del Sistema y sobre empresas financieras legalmente establecidas en Guatemala.

2.3 Control a Petición de Parte

El control a petición de parte es el que los particulares o administrados ejercen, sobre los actos de la administración. Se refleja este control en los recursos administrativos o medios de impugnación. Este tipo de control también llamado control directo, y es directo porque son directamente los particulares los que, a través de los recursos administrativos, controlan los actos de la administración que les afecta.

2.4 Las Impugnaciones o Recursos Administrativos

Ya dijimos que los medios de impugnación o recursos administrativos, son un medio de control directo o una facultad que la ley les otorga a los particulares, para oponerse a las resoluciones o actos de los órganos administrativos.

Al estudiar el derecho que tienen los administrados, que las decisiones que emanan de los órganos administrativos, sean basadas en el principio de legalidad, en el principio de juridicidad, y en lo que nosotros hemos denominado “el trato justo”, los administrados tienen el poder o la facultad de exigir a los órganos administrativos que se cumpla con estos supuestos. Este tema ya fue tratado en el capítulo anterior con mayor detenimiento.

Fraga dice que:

“Esos derechos del administrado necesitan protegerse en forma de dar a su titular los medios legales para obtener la reparación debida en caso de violación, es decir, para lograr el retiro, la reforma o la anulación del acto lesivo. (GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, Pág.434).

3 Sistemas de Control de Justicia Retenida y de Justicia Delegada

3.1 El Sistema de Control de Justicia Delegada

Para el estudio de este tema es necesario remontarse a la época de la revolución francesa, en la cual se desarrolla la justicia delegada.

Como lo explica el autor Gustavo Penagos:

La Revolución Francesa cambió todo el sistema monárquico. El Consejo del Rey fue privado de sus poderes judiciales por la ley del 27 de noviembre de 1,790, que lo transfirió al Tribunal de Casación. Posteriormente, la Ley del 27 de abril de 1,971 suprimió el Consejo del Rey, organiza en forma embrionaria una especie de Consejo de Estado, el Tribunal de Conflictos y la Corte de Casación. (PENAGOS, *Derecho Administrativo*, T.I Pág. 61).

Según el autor Jean Rivero, mencionado por Gustavo Penagos, la Revolución Francesa se puede sintetizar en tres puntos:

En primer lugar una obra de destrucción, la casi totalidad de la administración del antiguo régimen desaparece. Es la ruptura, al menos en apariencia con el pasado. Sólo subsisten los cuerpos administrativos especializados, en razón de su carácter técnico.

La Revolución ensaya de edificar una sana administración racional, uniforme y coherente; de los diversos ensayos que se suceden, el más importante la división territorial de Francia en Departamentos y Comunas.

Cabe destacar principalmente como obra de la revolución la formulación de importantes principios de filosofía política que será la base de toda la elaboración posterior: La primacía de la Ley; la separación de las autoridades administrativas y judiciales; el liberalismo político; la igualdad de los ciudadanos frente a la administración; el liberalismo económico. (*Ibidem*).

En el año de 1,872 se marca la autonomía de la *jurisdicción contencioso-administrativa*, en que se otorgó al Consejo de Estado Francés, en virtud de una ley, la facultad de administrar Justicia en forma independiente y a nombre del pueblo francés, lo que ha sido llamado como *justicia delegada*.

El Consejo de Estado de Francia actualmente está integrado por el Vicepresidente, cinco Presidentes de Sección, Consejeros de Estado en servicio ordinario, los Consejeros de Estado en servicio Extraordinario,

los Maitres de Requetes (Maestros de Demanda), Auditores, nominalmente actúa como Presidente el Primer Ministro de Francia.

En la administración pública francesa la justicia delegada, significa la potestad que la ley le otorgó a la propia administración para que impartiera justicia a nombre del pueblo francés, a través de un tribunal administrativo, que conoce las controversias derivadas de los conflictos administrativos que se dan dentro de la administración pública y los particulares.

3.2 El Sistema de Control de Justicia Retenida

En la justicia retenida es a la inversa, existe un tribunal especial contencioso-administrativo, adscrito al Organismo Judicial, como el caso de Guatemala en el que la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 221 señala las atribuciones que tiene el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y le otorga atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración pública.

4 El Control Judicial de los Actos de la Administración

4.1 Vía Judicial

Cuando una resolución administrativa causa estado el particular debe acudir a la vía judicial, a través del proceso de lo Contencioso Administrativo; a los tribunales de Trabajo y Previsión Social, cuando se trate de prestaciones sociales; o, la administración pública puede recurrir a la vía Económico-Coactiva.

Como se puede observar los pasos del procedimiento administrativo señalados, son de carácter muy general, pues cada procedimiento de recurso tiene sus propias incidencias, que ya estudiamos en forma más detenida en el capítulo anterior, relacionado con el procedimiento administrativo.

El control judicial de los actos de la administración pública guatemalteca, son, en primer lugar el proceso de lo contencioso-administrativo (*llamado por algunos erróneamente recurso*), y el proceso de amparo (*también llamado por muchos juristas y medios de información como recurso*).

Este tipo de control hay que verlo desde dos puntos de vista:

- a) El control privativo; y
- b) El control constitucional de los actos de la administración pública.

En el caso de los dos tipos de control, tanto el privativo como el Constitucional, se analizará de manera muy breve, tomando en cuenta que es un tema del derecho procesal administrativo.

4.2 El Control Privativo

Aunque este tema será abordado en el trabajo de Derecho Procesal Administrativo, es necesario tratar algunos aspectos que de hecho tienen que ver con los medios de control judicial, que se utilizan en contra de las resoluciones y actos de la administración pública guatemalteca, como es el proceso de lo Contencioso Administrativo.

4.2.1 Proceso Contencioso Administrativo

Como ya lo indicamos el llamado contencioso administrativo, que es un verdadero proceso de conocimiento, es un medio de control que tienen los particulares o administrados, para oponerse a las decisiones, resoluciones o actos de los órganos administrativos, una vez agotada la vía administrativa, es decir que se hayan agotado los recursos administrativos en la vía administrativa.

El proceso de lo Contencioso Administrativo es un medio de control privativo, que los particulares tienen, una vez agotada la vía administrativa y que en la ley se encuentra conceptualizado como un recurso, pero que en la Constitución Política de la República, lo regula como un proceso, en el artículo 221.

En el artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentra regulado lo relativo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la función que desarrolla éste y regula el Recurso de Casación, en contra de las resoluciones y autos que pongan fin *al proceso*.

Dicho artículo constitucional indica:

Artículo 221. Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la Administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

Para ocurrir a este Tribunal, no será necesario ningún pago o caución previa, sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa

corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al Fisco se demoró en virtud del recurso. Contra resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación.

Es importante destacar que el tribunal de lo contencioso-administrativo, es el *contralor de la juridicidad* de los actos de la administración pública y lo que es importante, la Constitución Política, lo deja conceptualizado, como un *proceso*, en su último párrafo.

4.2.2. Origen

El contencioso-administrativo, surge como consecuencia del nacimiento del derecho administrativo y la necesidad de tener un medio de control, para los particulares, para tener la oportunidad de impugnar las resoluciones y decisiones de la administración pública. En Guatemala, este medio de control surge como el recurso de lo contencioso-administrativo, sin embargo ya se estableció que se trata de un verdadero proceso judicial, regulado en la Ley de lo Contencioso-Administrativo, emitido el veinticinco de septiembre de 1,936, derogado por el Decreto 119-96 del Congreso de la República, que contiene la nueva Ley de lo Contencioso Administrativo, en donde ya se le denomina como un proceso; se debe aplicar por integración a este proceso otras leyes entre las que encontramos, Ley del Organismo Judicial y el Código Procesal Civil y Mercantil; en la ley se regulan las competencias del tribunal, diligencias previas al proceso para órganos que no tienen recursos, etc.

4.2.3. Características

Dentro de las características más importantes del contencioso-administrativo, encontramos:

Que no se trata de un recurso, como lo regulaba la Ley de lo Contencioso (*derogada*), sino de un verdadero proceso de conocimiento;

Que es un Proceso que se conoce y se resuelve dentro de un Órgano Jurisdiccional (*Tribunal de lo Contencioso-Administrativo*), en este sentido, hay que hacer notar, que el Código Tributario, señala la creación de las salas del Tribunal, las que a la fecha son cinco salas; dos administrativas y dos tributarias.

Su competencia está dirigida a conocer de las controversias que surgen de las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares.

Lo conoce un Tribunal Colegiado, integrado por salas, como ya expresamos, tres magistrados titulares, que tienen un presidente de sala, dos vocales.

4.3 Control Constitucional

El que ejerce la Corte de Constitucionalidad, para que la administración pública y otros órganos del Estado no violen con sus actos preceptos y garantías que la Constitución Política de la República garantiza.

Hay que ver a la Corte de Constitucionalidad como un Organismo que garantiza que todo ámbito de la vida del Estado de Guatemala, se cumpla con los preceptos constitucionales y que no se violen los mismos.

4.3.1 La Corte de Constitucionalidad

Este Organismo es creado en la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el treinta de mayo de mil novecientos ochenta y cinco y vigente desde el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, como un tribunal permanente de privativa y la función esencial de este alto organismo es el de defender el jurisdicción orden constitucional y la misma Constitución la dota de absoluta independencia de los demás organismos del Estado, así mismo le otorga independencia económica.

La Corte de Constitucionalidad se encuentra regulada en los artículo 268 de la Constitución Política de la República, que indica:

Artículo 268 Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.

La independencia económica de la Corte de Constitucionalidad, será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al Organismo Judicial.

4.3.2 Integración de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares y cada uno con un Suplente. El número de integrantes aumenta en el caso que la Corte de Constitucionalidad conozca de los asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República. En este caso se aumenta a siete el número de Magistrados por sorteo entre los suplentes.

4.3.3 Designación de los Magistrados

Los magistrados de la Corte de Constitucionalidad se designan de la forma siguiente:

- Un Magistrado titular y un suplente por el pleno de la Corte Suprema de Justicia
- Un Magistrado titular y un suplente por el Pleno del Congreso de la República.
- Un Magistrado titular y un suplente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.
- Un Magistrado titular y un suplente por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Un Magistrado titular y un suplente por la Asamblea del Colegio de Abogados.

La elección de éstos se realiza de conformidad con el procedimiento interno de cada institución que designa Magistrados. Los Magistrados suplentes se designan en forma simultánea con los titulares.

4.3.4 Duración de los Cargos

Los Magistrados tanto titulares como suplentes de la Corte de Constitucionalidad duran en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelectos para otro período igual pues la Constitución no prohíbe lo contrario (*artículo 269 párrafo 2o. de la Constitución Política de Guatemala*).

Dentro de la Corte de Constitucionalidad que han designado se encuentra el caso de algunos magistrados, que en dos oportunidades ha sido designado para un nuevo período como magistrados, ante ese alto organismo. Esto significa que la reelección es permitida.

4.3.5 Requisitos para ser Magistrado de la Corte de Constitucionalidad

Son cuatro los requisitos para ser Magistrado de la Corte de Constitucionalidad, a saber:

- Guatemalteco de origen, de conformidad con el artículo 144 de la Constitución Política de Guatemala;
- Ser Abogado colegiado, y en este caso para poder serlo el profesional del derecho debe estar inscrito en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, estar activo, pues de lo contrario no podría participar en la Asamblea para ejercer el derecho de elegir y ser electo dentro del Colegio ni en los demás órganos que designan magistrados;
- Ser de reconocida honorabilidad. Significa que la persona o profesional que llegue a formar parte de la Corte de Constitucionalidad, debe ser una persona que dentro de su vida privada y profesional sea intachable; y
- Tener por lo menos quince años de graduación profesional. En este caso, se cuenta desde el día en que el profesional designado, obtuvo los títulos de Abogado y Notario o su incorporación en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

4.3.6. Presidencia de la Corte de Constitucionalidad

La Presidencia de la Corte de Constitucionalidad es muy especial, pues la misma es rotativa y de un año de duración entre sus magistrados titulares, e inicia con el Magistrado de mayor edad y se rota en forma descendente de edades hasta completar el período para el cual fueron designados.

4.3.7. Funciones y Competencia de la Corte de Constitucionalidad

La función esencial de la Corte de Constitucionalidad, es la defensa del orden constitucional, además de la anterior función la Corte tiene entre otras, las cuales se pueden resumir en la siguiente forma:

- Conocimiento de la acción de inconstitucionalidad en única instancia;

- Conocimiento de amparo interpuesto en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y Vicepresidente de la República;
- Órgano de consulta de los organismos del Estado, sobre constitucionalidad de tratados y convenios y proyectos de Ley; y
- Conocimiento de toda apelación en materia de amparo y en materia de constitucionalidad.

Sin embargo, dentro de la Constitución y en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se encuentran muchas competencias que le son atribuidas a la Corte.

En materia de derecho administrativo es importante la Corte de Constitucionalidad como un órgano de control de los actos de los organismos del Estado, y fundamentalmente de la administración pública, razón por la cual será tratado lo relativo a la Acción de Inconstitucionalidad, el Amparo, Apelación en Amparo e Inconstitucionalidad dentro del curso de Derecho Procesal Administrativo.

4.3.8 La Petición de Amparo en Materia Administrativa

Al igual que el tema anterior el presente será tratado con detenimiento en el libro de Derecho Procesal Administrativo, sin embargo, por ser un punto programático de este curso, se tratará en una forma muy general, como un medio de control, de gran importancia en el derecho administrativo.

4.3.9 Regulación Legal

El amparo lo encontramos regulado primordialmente dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 265, el cual dice:

“Artículo 265. Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación que los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.”

4.3.10. Procedencia

Como se puede observar en el punto anterior, dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentra regulada la procedencia de este medio de defensa, pero hay que tomar en cuenta que no es sencilla la procedencia de éste, pues en materia administrativa es difícil su planteamiento, por lo manifestado en el artículo 19 de la ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad, en donde se encuentra el necesario planteamiento de los recursos administrativos para que el amparo proceda.

También existen otros casos en donde si es permisible presentar el amparo sin agotar la vía administrativa y es cuando se da el caso de la figura jurídica del silencio administrativo, cuando los particulares hacen uso del derecho de petición contenido dentro del artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal, en su artículo 10, enumera una serie de casos en los que procede el Amparo, dicho artículo preceptúa:

“Artículo 10. Procedencia del amparo. La procedencia del amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado.

Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos:

Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquier otra ley.

Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquier otra ley.

Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República, no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional.

Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien la ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa.

Cuando de actuaciones administrativas se exijan al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales, o cuando no hubiere medio o recurso de efecto suspensivo.

Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente, así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite.

En materia política, cuando se vulneren derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas. Sin embargo, en materia puramente electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico, dando por sentadas las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión.

En los asuntos de los órdenes judiciales y administrativos, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Lo determinado en los incisos anteriores, no excluye cualesquiera otros casos, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo de conformidad con lo establecido por los artículos 265 de la Constitución y 8 de esta ley.”

5 El Control de los Derechos Humanos

5.1 Introducción

Desde la promulgación de la Constitución de 1985, vigente desde el 14 de enero de 1986, marca el inicio de una nueva era en Guatemala, con nuevos principios, algunos controles que no habían existido en ninguna de las constituciones que anteriormente se habían promulgado en Guatemala, tales órganos de control como la Corte de Constitucionalidad, una más efectiva Contraloría General de Cuentas, la división del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación. Con la nueva apertura democrática, se pone especial énfasis en los derechos humanos y el debido respeto de estas garantías que la propia Constitución Política deja prevista en su parte dogmática.

De igual manera deja prevista la internacionalización de los derechos humanos, al establecer que en materia de derechos humanos, los tratados y los convenios de carácter internacional prevalecen sobre el derecho interno.

Ya sólo con esto el Estado denota la gran importancia que se le quiso dar a los derechos humanos.

Pero la mayor creación de nuestra Constitución es la de la *Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República* y la del *Procurador de los Derechos Humanos*, este último pasa a ser un comisionado del Congreso de la República,

Tratamos de estudiar lo más objetivo sobre este tema por ser de gran importancia para el desarrollo de nuestros países iberoamericanos y constituye una importante creación en Guatemala desde 1986, para la defensa, control, y a efecto que verdaderamente sean respetados en nuestro país los derechos humanos, se hace necesario hacer un pequeño análisis, especialmente sobre lo que ha pasado muchos años después de su creación.

Al aportar una modesta contribución al conocimiento de nuestro Procurador de los Derechos Humanos y su proyección al futuro promisorio que es de esperarse, tenemos que principiar por conocer la figura inspiradora de esta institución, el porqué de su existencia y sobre todo el valor de su supervivencia como bastión en la defensa constante de los derechos humanos.

Para ello hay que establecer, aunque de manera muy general, a los orígenes de la figura del Procurador de los Derechos Humanos, puesto que no es una figura nueva, sino por el contrario es una institución que data de más de un siglo de existencia en Europa.

El año de 1,809 marca en Suecia el apareamiento constitucional del Ombudsman, palabra derivada del Imbud, que en el idioma sueco significa representante, comisionado, protector mandatario, es decir un mandatario del pueblo. Básicamente, es un funcionario elegido por el Parlamento para investigar las quejas de los ciudadanos frente a la actuación de los agentes públicos, aunque a esta fecha sus atribuciones han crecido en tal forma que le involucra en la casi totalidad de las funciones de la administración pública.

El Ombudsman sueco, explicó las funciones de su puesto diciendo: *“La oficina del Ombudsman tiene a su cargo, o se estableció para el ejercicio del control de legalidad de los actos del Rey y sus autoridades”*. Nada ha cambiado. Eso dura a través de los años. Las regulaciones de la Constitución son básicamente las mismas que tenía la Constitución de 1,809, cuando se establecieron. Naturalmente que en un sistema así, una oficina de este tipo de Ombudsman y las quejas que recibe del público y naturalmente el público es muy importante, indican

la manera cómo funciona la administración pública: indican lo que está bien, lo que está mal dentro de ella.”

Lo principal del Procurador es la responsabilidad conferida por el parlamento para vigilar, por iniciativa propia cualquier caso de violación de derechos humanos por orden o acción iniciada por cualesquiera de las autoridades o agentes individuales de la administración pública o de cualquier órgano u organismos del Estado. Esto principalmente debe tomarse en cuenta cuando estudie esta figura. Hemos establecido esta institución como el guardia del pequeño ciudadano. En la ley que regula esta difícil tarea, se dice que cuando se ejerce estos poderes se debe controlar a los funcionarios y autoridades y hacerlo precisamente tomando en cuenta los derechos fundamentales e individuales del ciudadano.

La figura institucional escandinava se propagó desde el siglo pasado en forma positiva, hasta alcanzar una universalidad a la cual ha escapado América Latina hasta años recientes, en que se estudia y se analiza detenidamente su inclusión en nuestras legislaciones.

Así como el amparo es una institución netamente Americana, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, el Ombudsman es Europeo, manteniendo en algunos países el mismo nombre, pero bautizándose diferente en otros. Así vemos aparecer el Mediador en Francia, Proveedor de Justicia en Portugal, Comisionado Parlamentario en el Reino Unido, Defensor del Pueblo en España, Dinamarca y Suecia cuentan con un único Ombudsman, en tanto Finlandia cuenta con varios, así como en el Reino Unido figuran comisionados para Escocia, Gales e Irlanda del Norte, mientras en Italia existen Defensores Cívicos para diferentes regiones del País.

Actualmente el Ombudsman se proyecta en muchas naciones del Orbe, al grado que en los países que forman la Comunidad Europea, la institución funciona en varios de ellos. En el año de 1,971, en Viena la Conferencia del parlamento Europeo sobre los Derechos Humanos recomendó la creación de un órgano estatal para examinar las reclamaciones individuales y legitimadas para tener acceso a los documentos de todos los departamentos de gobierno, con una organización similar a la de los Ombudsman escandinavos.

Fuera de Europa es de mencionar al Ombudsman de Australia, creado en 1,971, con una enorme gama de funciones que inciente en la protección de los Derechos Humanos, existiendo también en Nueva Zelanda.

Buscando los elementos comunes que caracterizan la figura del Ombudsman en los diferentes países, en los cuales se le ha considerado necesario, nos atrevemos a ensayar una genérica definición como una Institución creada por la Constitución o por ley, dirigida por personas autónomas, responsables. Únicamente el Poder Legislativo, que recibe las quejas de los ciudadanos o actúa por iniciativa propia para vigilar la legalidad de los actos administrativos, hacer recomendaciones y publicar informes anuales.

Se puede definir como una institución creada o regulada por el ordenamiento jurídico del Estado o de la región para la vigilancia del cumplimiento constitucional de las garantías mínimas de todo ser humano. Comisionado por el Parlamento o en algún caso por el Gobierno para la defensa de los derechos fundamentales. Con la misión de supervisar la actividad de las administraciones públicas en aquellas esferas para las que tienen competencias. Dotado con la facultad de inspeccionar, denunciar, recomendar y dar publicidad a sus investigaciones. Capaz de actuar a instancia de parte o por su propia iniciativa.

De acuerdo con tales notas esenciales, son cuatro las funciones primordiales del Ombudsman, siendo ellas:

- Tutelar los derechos fundamentales y la legalidad;
- Investigar y controlar a la administración;
- Sugerir nuevas medidas legales; y
- Sancionar a las autoridades que dificulten su actividad.

Evitando los recelos que pueda motivar esta institución jurídica, podríamos negar que pueda tener superfacultades:

“No es un legislador que puede probar con fuerza la ley. No es gobernante, capaz de tomar decisiones coactivas sobre política de un país. No es un abogado con competencia para defender a los ciudadanos ante los tribunales de justicia en asuntos privados.”

Lo cierto es que no es un Don Quijote mítico que puede solucionarlo todo con su espada, pero tampoco es un gnomo fantástico, sin operatividad real. En el mundo moderno de principios del siglo, es un indiscutible signo de identidad que posibilita distinguir los Estados Democráticos, de los totalitarios y autocráticos y la facultad de poder censurarlos.

A ello agregamos nosotros que lo anterior es claro, toda vez que si es cierto que aún hay estados democráticos sin Ombudsman, no hay un solo

estado autoritario que pueda soportar la existencia de este gladiador que se nos presenta con armas morales y con la coraza única de su integridad para salir a defender a los ciudadanos de los abusos de las autoridades.

Las competencias y facultades del Ombudsman, sus carencias y limitaciones deben ser debidamente conocidas, en cualquier país no es Magistratura de “poder” sino de “*persuasión*”; no tiene potestad, en el sentido *jurídico-político* del término, sino *auctoritas moral* y en cierto sentido política, sin partidismo de ninguna naturaleza, ni religioso, ni ideológico, menos partidismo político.

Para dejar claro el sentido que esta institución debe tener, sobre todo en momentos en que nosotros debatimos la necesidad de su fortalecimiento en nuestro país, debido a su incipiente funcionamiento, y a su posible nacimiento en otros países hermanos de Iberoamérica.

Es más importante subrayar que el objetivo prioritario de los Ombudsman o procuradores de los derechos humanos, es contribuir a la construcción de una sociedad más libre y más justa, en su propia nación, y por reflejo en la Comunidad de las Naciones.

El Procurador de los Derechos Humanos es un Comisario del Congreso de la República, para la defensa de los derechos humanos que la propia Constitución Política de la República de Guatemala y tratados y convenios internacionales garantiza, así como tiene facultades, para la supervisión de la administración pública.

Por definición, el Procurador de los Derechos Humanos, puede ser denominado: “*Como un Comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados y Convenciones Internacionales aceptados por Guatemala*”. El Procurador para el cumplimiento de las atribuciones que la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley establecen, no está supeditado a organismo, institución o funcionario alguno, y actuará con absoluta independencia.”

Como lo analizaremos en adelante de conformidad con la Constitución Política de la república de Guatemala “Los tratados y convenios de carácter internacional prevalecen sobre el derecho interno guatemalteco.

5.2 El Estado Protector de los Derechos Humanos

Hay que recordar que el primero y más importantes protector, garante y promotor de los derechos humanos es el Estado.

La Constitución Política de la República de Guatemala es clara y establece: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común (artículo 1°.). Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona (Artículo 2°.).

El Estado es para la persona y no la persona para el Estado. El Estado es una estructura creada por los seres humanos, que debe ser una herramienta para la plena realización de la persona humana. Cualquiera que sea la concepción de Estado, desde la primigenia concepción de liberal del Estado, únicamente juez y gendarme, (*qué positivo sería que nuestros Estados fueran, al menos, buenos jueces –esto es: buenos gendarmes— o lo que es lo mismo: efectivos garantes de la seguridad humana—*) hasta la concepción socialdemócrata actual de Estado social de derecho, el Estado ha de ser, en primer lugar, respetuoso de todas las personas, no violar estos derechos por intermedio de sus agentes: no matar, no conculcar las libertades de expresión, de reunión, de asociación, de participación política, de participación ciudadana en las decisiones de la administración, Etc.

Por otra parte el Estado ha de organizar mecanismos legales y administrativos de protección de los derechos humanos. Es lo que ha de denominársele sistema nacional de protección de derechos humanos.

Así mismo debe el Estado impulsar un conjunto de condiciones sociales y económicas, que aumenten la posibilidad concreta de realización efectiva para todas las personas, de sus derechos fundamentales económicos, sociales y culturales. Esto tiene que ver con políticas de salud, educación, empleo, vivienda, participación, recreación.

5.3 El Estado Violador de los Derechos Humanos

El Estado, que en teoría es organizado por los mismos seres humanos para el logro del bien común, para el logro de una vida más plena y digna, a menudo se convierte en el principal violador de la dignidad y los derechos mínimos de las personas. Muchas son las causas de este

trágico fenómeno histórico social, especialmente por la perversión de la finalidad del poder político.

El poder debiera ser un medio de organizar la estructura y funcionamiento de la sociedad para hacer más equilibrada, justa y pacífica la convivencia entre los seres humanos. Pero cuando el poder es acaparado por grupos políticos que lo utilizan, para hacer valer siempre sus intereses, prevalece el egoísmo, la diatriba y el interés particular. No les importa el bien común.

En cuanto más democrática sea la sociedad y las decisiones políticas de los administradores se toman con participación ciudadana tiende a favorecer el bien común, la sociedad misma es más democrática y resulta más probable que los derechos de la generalidad se vean favorecidos. Por el contrario, cuando el poder político se concentra en pequeños grupos de poder, se producen discriminaciones y exclusiones, los derechos de la generalidad están en grave peligro y es donde vienen las violaciones de derechos humanos.

Surge entonces el estado opresor, que es temido por la población y en lugar de realizar el anhelo de la población, se torna en difícil la vida de las personas y totalmente deshumanizada.

5.4 El Estado Protector y Violador de los Derechos Humanos

Al reflexionar sobre este tópico podemos inferir que ningún Estado en el mundo es totalmente protector de los derechos humanos, ni por el contrario no es completamente violador de los derechos humanos.

Si el Estado fuera visto como un solo bloque indivisible, se pudiera perder la oportunidad de actuar dentro de él o en contra de él, para obligarle a ser cada vez más proteccionista y promotor de los derechos humanos.

Para ello el Estado ha creado una serie de normas jurídicas, de instituciones y de mecanismos para impedirles a sus agentes las violaciones a los derechos humanos y sancionar las violaciones y promover la efectiva vigencia de los derechos humanos de todas las personas sin discriminación.

En este sentido el Estado va incrementando una serie de políticas institucionales para garantizarle a su población que sus derechos no sean conculcados, a través de la justicia penal, por ejemplo, la salud, educación, seguridad pública. Y así podríamos recorrer todos los sistemas de políticas estatales y la finalidad última es el cumplimiento de la plena efectividad de los derechos humanos.

Y así el Estado, potencialmente violador de los derechos humanos, corrige su acción y mediante políticas definidas promueve la efectividad de tales derechos.

Cuando el Estado se da cuenta que él es el principal violador de los derechos humanos, genera políticas para enderezar su actuar, y surge como con primordial importancia los ombudsmen, los defensores del pueblo o procuradores de los derechos humanos, son una especie de auditor externo del Estado, que deben intervenir en situaciones extremas de violaciones o peligro de violación y que audita y critica todo aquello que en la estructura o en el funcionamiento del Estado, constituye un peligro o una situación violatoria de los derechos de las personas.

En Guatemala esta figura se denomina *el Procurador de los Derechos Humanos*, que se encarga de estudiar, proponer y promover políticas públicas favorables para la efectiva realización del cumplimiento de los derechos humanos.

5.5 El Estado en la Protección Internacional de los Derechos Humanos

Desarrollar un trabajo sobre instrumentos internacionales de derechos humanos (*declaraciones, tratados, pactos, convenios, etc.*) nos obligaría a hacer un repaso sobre más de ochenta documentos emitidos en esta materia a la fecha (*Naciones Unidas, europeos, interamericanos, africanos, árabes*), lo cual desborda el objetivo de este trabajo. Sin embargo, se puede dar un vistazo sobre los documentos contenidos en el Sistema de Naciones Unidas y el sistema interamericano, lo que permite tener alguna herramienta para el caso de eventuales denuncias internacionales en contra de un Estado americano por violación a los derechos humanos.

Desde hace medio siglo ha sido creado un sistema internacional de protección de los derechos humanos, compuesto de normas (*tratados y convenios de carácter internacional*), instituciones, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y mecanismos de vigilancia y promoción en esta materia. Este sistema consta de un ámbito mundial y otros regionales en materia de derechos humanos. En el año 1976, con la vigencia de los dos grandes pactos universales, de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, marca un verdadero nacimiento de este sistema internacional, consagrado en normas obligatorias de derecho internacional público.

El papel que juega el Estado frente al sistema de protección internacional, es porque el sistema internacional nace ante la realidad de que, siendo el Estado el principal y el más obligado a proteger los derechos humanos, en países como los nuestros, no solamente no los protege, sino que es el principal y directamente responsable de la violación a estos derechos. El sistema internacional de protección a los derechos humanos se pone en acción y de manera subsidiaria, cuando el Estado no protege estos derechos.

Por otra parte, hay que recordar que son los propios Estados los que crean, mediante la elaboración, firma y ratificación de los tratados y convenios de carácter internacional y con ello se crea el sistema internacional de protección a los derechos humanos.

Por último es el Estado el sujeto principal de la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos en el ámbito internacional. La principal obligación se genera de los Estados del respeto a los derechos humanos de respetar y proteger a las personas en sus derechos fundamentales, esto debe ser aplicado a la población en general (*inacionales y extranjeros*) y al final se ha convertido en normas de carácter general, de naturaleza obligatoria para todos los Estados del mundo, aunque no sean partes de los tratados y convenios en materia de derechos humanos.

En este sentido, como ya lo hemos indicado, Guatemala deja previsto, como lo veremos más adelante, que los tratados y convenios de carácter internacional en materia de derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno, con ello le dan preeminencia a los derechos humanos, al menos en la legislación internacional.

5.6 Breve Referencia de los Derechos Humanos en Guatemala

Los derechos humanos han dejado de ser asuntos esenciales de la jurisdicción interna de los Estados y se ha transformado progresivamente en un principio de organizaciones internacionales como Naciones Unidas, de la comunidad internacional en general y del derecho internacional. Y es claro que la articulación de un sistema internacional en esta materia, debe contar siempre con el consenso de los Estados, puesto que son los que detentan la creación aplicación de las normas por las que el mismo Estado va a regir su conducta en materia de derechos humanos.

Es claro también que los Estados, tienen que responder a las exigencias de los cambios sociales y políticos que se van dando en las naciones, especialmente por las presiones de la sociedad civil, que van obligando

a los Estados mismos a que sometan la protección de los derechos humanos a la jurisdicción internacional (*Corte Interamericana de Derechos Humanos*). A ello hay que sumar la competencia de la comunidad internacional, especialmente la de Naciones Unidas, lo que ha permitido que el régimen en materia de derechos humanos se fortalezca y el sólo hecho de su existencia, implica que las competencias en esta materia de los Estados ya no sean exclusivas internamente de los Estados.

En este caso se dará una breve referencia de carácter muy general sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, puesto que no es el tema central del presente trabajo, sino el Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala.

En cuanto a la situación de los derechos humanos en Guatemala, es preciso partir desde dos puntos de vista, el primero que tiene que ver con el Estado y de la clase que gobierna y el segundo desde la perspectiva de la evolución de la sociedad en su conjunto.

Desde el punto de vista estatal y de la clase política, de la promulgación y vigencia de la Constitución Política han transcurrido más de veinte años de vuelta a la constitucionalidad y democracia del país y no existe en los gobernantes una conciencia clara, ni la existencia de acciones concretas y definidas en materia de derechos humano.

Y desde la perspectiva de la evolución social, como lo expresa el Doctor Jorge Luis Cantoral (*Primera Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos realizada en Guatemala en el año 2002*), para la expansión, mejoramiento y transformación de la conciencia social individual y colectiva en materia de los derechos humanos, la relación de la defensa y protección de los derechos humanos cuenta con un déficit importante, debido entre muchas razones a la cultura de violencia, intolerancia y exclusión impuesta desde los factores de poder que han dominado la vida política, económica y social de nuestro país.

Pero en general las violaciones a los derechos humanos que en las décadas de los años sesentas y a finales de los años ochenta fueron mermando ostensiblemente desde la promulgación y vigencia de la Constitución Política (*vigente desde el 14 de enero del año 1986*), con la valiosa creación de las figuras de La Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y también la aparición del Procurador de los Derechos Humanos, como un comisionado en esta materia del Congreso de la República.

Por lo tanto, la situación de los derechos humanos en nuestro país lleva en su seno el peso de una política económico-social que la hace

actuar en desventaja frente a estructuras fácticas de poder, que impiden su normal desenvolvimiento.

De ello se desprende que no es casual, ni mucho menos aislado, que al elaborar una evaluación en materia de los derechos humanos los avances se encuentren en clara desventaja frente a los retrocesos.

Podemos inferir que a lo largo de estos años de vida constitucional y democrática nos encontramos en un franco estancamiento, no obstante que a lo largo de estos años contamos con una figura pública e institución de control como el Procurador de los Derechos Humanos, si debemos reconocer que al menos ya no existen violaciones tales como las ocurridas en las décadas pasadas, en donde la violencia generada por la guerra de más de treinta años provocó serias violaciones a los derechos humanos, especialmente en las comunidades indígenas del altiplano del país.

5.7 Regulación Legal en Materia de Derechos Humanos en Guatemala

Nuestra Constitución establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. En este sentido se deja claro que los derechos humanos regulados no se limitan a los establecidos en la normativa constitucional, sino por el contrario quedan incluidos aun los que no figuran en la misma.

Se establece que el interés social prevalece sobre el interés particular. Esto para no afectar a la mayoría por el interés de una persona o grupo minoritario ante la mayoría de la población.

Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza. (*Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala*).

La acción para enjuiciar a los infractores de los derechos humanos es pública y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna. Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución. (*Artículo 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala*).

Aparte que los principios y garantías constitucionales reguladas en la Constitución Política de la República de Guatemala, son parte de los Derechos Humanos, tales como el derecho a la vida, el derecho de libertad,

el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la defensa, etc. Queda contenido en la misma que los *convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno*.

Como consecuencia tiene gran importancia esta norma puesto que deja a los convenios y tratados de esta materia con preeminencia sobre todo el ordenamiento jurídico y si se busca el espíritu de la norma queda plasmado que la actual normativa constitucional le da un realce significativo a los derechos humanos, al punto de prevalecer sobre todo el derecho interno, al menos la importancia que tienen estos convenios y tratados.

En ese sentido tenemos *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, suscrito y aprobado por Guatemala.

La Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, denominada *Pacto de San José*, suscrito y aprobado por Guatemala.

La Asamblea que la aprobó se reunió en mayo y junio de 1776 en la ciudad de Williamsburg, Estado de Virginia (*Estados Unidos de América*), también Guatemala lo suscribió y aprobó en su oportunidad.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Votada por la Convención Francesa en la sesión del 2 de octubre de 1789

Resolución Sobre Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 42a. Reunión, celebrada en Ginebra el año 1958, el 20 de junio del indicado año. *La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo*.

En fin hay tratados y convenios de toda naturaleza relacionada con los derechos humanos, pero lo más importante es lo que establece nuestra Constitución en este sentido, puesto que establece la preeminencia de los tratados y convenios internacionales sobre el derecho interno.

En este sentido la Constitución Política establece:

“artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

Se puede observar la gran relevancia que el legislador le quiso dar a los derechos humanos regulados en normas de carácter internacional al punto de darles un carácter de preeminentes frente al derecho interno mismo.

Aparecen dentro del Sistema Jurídico guatemalteco en materia de derechos humanos todos aquellos *tratados y convenios* de carácter internacional, que se suscriban y ratifiquen por Guatemala.

Encontramos una ley importante que regula lo relacionado con dos instituciones importantes en materia de derechos humanos, *La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y el Procurador de los Derechos Humanos*, en donde se encuentra regulado todo lo relativo a las funciones, atribuciones y estructura tanto de la Comisión del Congreso de la República así como del Procurador de los Derechos Humanos.

5.8 Las Instituciones Protectoras de Derechos Humanos en Guatemala

Son dos las instituciones más importantes que tienen función de contralor de los derechos humanos en Guatemala, por su parte la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y el Procurador de los Derechos Humanos, que es un comisionado del Congreso de la república en esta materia.

Aparte hasta el año 2004 tuvo mucha relevancia La Misión Internacional de Naciones Unidas para Guatemala, relatora de derechos humanos (*MINUGUA*), que ya fue retirada de nuestro país, por considerarse que ya no era necesaria su presencia en nuestro país y según Naciones Unidas ya no tenía razón de ser.

Veamos en una forma muy general cada una de estas instituciones.

5.8.1 Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República

En el seno del Congreso de la República existe una gama de comisiones que trabajan en proyectos de ley en diferentes ramas tales como: la Comisión de Trabajo, Comisión de Finanzas, Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, Comisión de Probidad, Etc.

Una de las comisiones más importantes es la comisión de Derechos Humanos, la cual se encuentra integrada por un Diputado representante de cada Partido Político representado dentro del período correspondiente y sus

atribuciones están contenidas en la Ley de la Comisión y Procurador de los Derechos Humanos.

En el capítulo V de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece la Comisión y Procurador de Derechos Humanos, esta norma establece:

“artículo 273.- Comisión de Derechos Humanos y Procurador de la Comisión. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente período. Esta Comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un Procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este Artículo.”

Es la norma ordinaria la que le otorga a la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República de Guatemala, la respectiva competencia.

- Son atribuciones de la Comisión de Derechos Humanos:
- Proponer, al Pleno del Congreso, dentro del plazo de los sesenta días siguientes a la instalación de la Comisión, una terna de candidatos para el cargo de Procurador de los Derechos Humanos. Si por cualquier motivo quedare vacante dicho cargo, el plazo para hacer las propuestas del sustituto no deberá exceder de diez días.
- Realizar estudios de la Legislación vigente, con el objeto de proponer iniciativas de ley al Pleno del Congreso, tendientes a adecuar la existente a los preceptos constitucionales, relativos a los derechos humanos y a los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.
- Preparar un plan anual de trabajo que incluya estudios, seminarios, investigaciones técnicas científicas sobre derechos humanos, así como participar en eventos nacionales e internacionales sobre tal materia, en representación del Congreso de la República.

Reformado por Art. 1 del Decreto 32-87 vigente 24/06/1987, así:

“Dictaminar sobre tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, trasladando al Pleno del Congreso de la República y al Procurador los asuntos procedentes”.

Ser el medio de relación del Procurador de los Derechos Humanos, con el Pleno del Congreso, trasladando informes y gestiones que dicho funcionario formule ante el Congreso; la Comisión podrá hacer observaciones por separado sobre el informe o informes del Procurador.

Formular recomendaciones a los Organismos del Estado para que adopten medidas en favor de los Derechos Humanos y solicitarles los informes respectivos.

Reformado por Art. 1 del Decreto 32-87, vigente 24/06/1987, así:

“Mantener comunicación constante con los Organismos Nacionales e Internacionales de Defensa de los Derechos Humanos para consulta e intercambio de información.”

Plantear al Pleno del Congreso la cesación en sus funciones del Procurador de los Derechos Humanos, cuando existieren las causas que específicamente contempla la Constitución Política de la República y la ley.

Reformado por Art. 1 del Decreto 32-87, vigente 24/06/1987, así:

“Recibir y trasladar al Procurador de los Derechos Humanos, las comunicaciones y quejas provenientes del exterior del país que dirijan personas o instituciones al Congreso de la República, denunciando violaciones de los Derechos Humanos en Guatemala”.

Examinar las comunicaciones y quejas provenientes del exterior del país que dirijan personas o instituciones al Congreso de la República, denunciando violaciones de los derechos humanos en Guatemala.

5.8.2 El Procurador de los Derechos Humanos

5.8.2.1 Atribuciones y Responsabilidades Legales

En Guatemala el Procurador de los Derechos Humanos no es una institución que actúe con plena independencia de funciones, puesto que se encuentra inmerso dentro de la esfera del Congreso de la República, actúa como un comisionado del mismo, lo que queda regulado en una norma constitucional.

El artículo 274 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece:

“El procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración; ejercerá su cargo por un período de *cinco años*, y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos.”

En el caso del Procurador de Derechos Humanos tiene una serie de atribuciones que se encuentran enmarcados en la Constitución, como lo veremos a continuación.

En su artículo 275 se señala:

“El Procurador de los Derechos Humanos tiene las siguientes atribuciones:

- Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de Derechos Humanos;
- Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas;
- Investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los Derechos Humanos;
- Recomendar privada o públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado;
- Emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales;
- Promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente; y
- Las otras funciones y atribuciones que le asigne la ley.”

Cabe señalar que el Procurador de los Derechos Humanos, de oficio o a instancia de parte, actuará con la debida diligencia para que, durante el régimen de excepción, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida. Para el cumplimiento de sus funciones todos los días y horas son hábiles.

Estas son las atribuciones que le otorga la Constitución Política al Procurador de los Derechos Humanos, sin embargo hay que hacer una revisión de la Ley para establecer otras atribuciones y los procedimientos contenidos en la misma.

Pero a través de leyes ordinarias y reglamentos el Procurador tiene otras atribuciones que van acorde a las establecidas en la Constitución.

El artículo 13 de la *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos*,

establece que son atribuciones esenciales del procurador y hace una repetición de la norma constitucional.

Al mismo tiempo el artículo 14 de la misma ley establece que otras atribuciones le corresponde al Procurador:

- “Promover y coordinar con las dependencias responsables, para que en los programas de estudio en los establecimientos de enseñanza, oficiales y privados, se incluya la materia específica de los Derechos Humanos;
- Desarrollar y programa permanente de actividades para que examinen aspectos fundamentales de los Derechos Humanos, se realicen informes, compilaciones, estudios, investigaciones jurídico-doctrinales, publicaciones, campañas divulgativas y cualesquiera otras actividades de promoción, con el propósito de hacer conciencia en los diversos sectores de la población sobre la importancia de estos derechos;
- Establecer y mantener comunicación con las diferentes organizaciones intergubernamentales, gubernamentales y no gubernamentales, nacionales o extranjeras, encargadas de la defensa y promoción de los Derechos Humanos;
- Divulgar en el mes de enero de cada año, por los medios de comunicación social, el informe anual y los informes extraordinarios a que se refiere esta ley;
- Participar en eventos internacionales en materia de Derechos Humanos.
- Recibir, analizar e investigar toda denuncia de violación de los Derechos Humanos, que presenten en forma oral o escrita cualquier grupo, persona individual o jurídica;
- Iniciar de oficio las investigaciones que considere necesarias en los casos que tenga conocimiento sobre violaciones de los Derechos Humanos;
- Investigar en cualquier local o instalación, sobre indicios racionales que constituyan violación sobre cualesquiera de los Derechos Humanos, previa orden de juez competente. La inspección no requiere la notificación previa a los funcionarios o encargados de quien, directa o indirectamente, dependen los locales o instalaciones;
- Exigir de particulares, funcionarios y empleados públicos de cualquier jerarquía al presentarse a los locales o instalaciones referidos en la literal anterior, la exhibición inmediata de toda clase de libros, documentos, expediente, archivos, incluso los almacenados en computadora, para lo cual se acompañará de los técnicos necesarios; queda a salvo, lo preceptuado por los artículos 24 y 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- Emitir resolución de censura pública en contra de los responsables materiales y/o intelectuales de la violación de los Derechos Humanos, cuando el resultado de la investigación arribe a esa conclusión;

- Organizar la Procuraduría de los Derechos Humanos y nombrar, amonestar y remover al personal de la misma, de conformidad con el reglamento respectivo; y
- Elaborar el proyecto de presupuesto anual de la Procuraduría y remitirlo a la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, para que sea incluido en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado”.

Aparte de las atribuciones que la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley le otorga al procurador de los Derechos Humanos, queda establecido en la Ley de Amparo exhibición personal y de Inconstitucionalidad, la *legitimación activa* en materia de procesos constitucionales, la que puede ser demandada en nombre de la sociedad guatemalteca.

Esta legitimación activa que el Procurador, ha dado como consecuencia que cuando han sido trastocados derechos sociales de los guatemaltecos, en resoluciones, leyes y actos del Estado ha tenido la oportunidad de plantear procesos de amparo y acciones de inconstitucionalidad contra el Estado, los que han tenido un efecto positivo, tal es el caso de los abusos en el cobro de los servicios públicos esenciales, en los que han amparado a la sociedad guatemalteca, especialmente a las personas de escasos recursos. En este sentido existen ya varias sentencias de la Corte de Constitucionalidad, una de las últimas fue la defensa que realizó contra el aumento a las tarifas de la energía eléctrica, especialmente contra el aumento a la *TARIFA SOCIAL* de la misma. En general ha sido positiva la inclusión de esta figura en la legislación guatemalteca, especialmente que es de rango constitucional.

5.8.2.2 Elección del Procurador de los Derechos Humanos

La Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República propone al Congreso tres candidatos para la elección de un Procurador y es el Pleno del Congreso el que elige dentro de la terna propuesta por la Comisión. (*Artículo 273 de la Constitución Política de la República de Guatemala*).

No existe en la legislación parámetros sobre el perfil del Procurador de los Derechos Humanos para ser elegido, pero se busca que en la terna se elija aquel profesional del derecho que tenga conocimientos y base académica suficiente en materia de derechos humanos a nivel de maestrías y doctorados en la materia y que conozca la realidad nacional.

Aparte que sea una persona de honorable reputación y de alguna manera que a nivel internacional tenga el prestigio necesario.

Pero si es importante que el aspirante llene requisitos como los que debe reunir un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, estos si son requisitos fundamentales, puesto que la labor que va a desarrollar es eminentemente jurídica.

De conformidad con el artículo 273 de la Constitución Política de la República de Guatemala, debe reunir las mismas calidades de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia y de conforme a los artículos 207 y 216 de la Constitución Política, son requisitos para ser optar a los cargos de magistrados a la Corte Suprema de Justicia, son los siguientes:

- Guatemalteco de origen.
- Reconocida honorabilidad.
- Ser Abogado colegiado.
- Mayor de cuarenta años de edad.
- Haber desempeñado un período completo como Magistrado de la Corte de Apelaciones o de los Tribunales Colegiados que tengan la misma calidad o haber ejercido la profesión de Abogado por más de diez años.

Estos son los requisitos mínimos que debe reunir el candidato para ser considerado en la terna que la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, aparte de los perfiles que ya indicamos anteriormente.

5.8.3 Duración en el Cargo

El Procurador de los Derechos Humanos ejerce su cargo por un período de cinco años. Pero puede ser reelecto para otro período de cinco años, pues la Constitución no contiene prohibición alguna para tal reelección, ya en anteriores ocasiones en Guatemala ha existido un Procurador que ha durado has dos períodos una elección y reelección, pero no se ha tenido la experiencia de un nombramiento por más tiempo.

5.8.4 El Ejercicio de la Función de Procurador de Derechos Humanos

El Procurador de los Derechos Humanos, de oficio o a instancia de parte, actuará con la debida diligencia para que, durante el régimen de

excepción, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida. Para el cumplimiento de sus funciones todos los días y horas son hábiles.

Esto implica que no es necesario que pongamos en conocimiento de la procuraduría la violación a tales derechos, sino el sólo conocimiento que el procurador tiene de violaciones a los derechos humanos hace que se inicie por su parte la investigación e intervención a efecto que la autoridad cese en dichas violaciones.

En cuanto a la organización de la procuraduría de los derechos humanos y para el cumplimiento de lo que establecen su propia ley, especialmente en su estructura, el Procurador en el Reglamento deberá contemplar por lo menos los departamentos de Procuración de los Derechos Humanos y de Promoción y Educación de los mismos. Para el efecto deberá contar con los profesionales idóneos, para los cargos de Jefes de Departamento o Sección y auxiliares departamentales, así como el personal calificado para los demás puestos administrativos.

Actualmente la Procuraduría de los Derechos Humanos cuenta con algunas dependencias importantes que entre otras desarrollan esta importante labor:

- Defensoría de la niñez y la juventud
- Defensoría de la mujer
- Defensoría de la tercera edad
- Defensoría de los pueblos indígenas
- La defensoría del recluso y del debido proceso
- Defensoría de los desarraigados y del mígrate, y
- La defensoría de los trabajadores (creada en el mes de febrero del 2002)

Para que la Procuraduría pueda efectuar una buena labor, goza de todas las franquicias y exoneraciones fiscales que las leyes otorgan a los Organismos del Estado y sus Instituciones.

En cuanto a la competencia, el Procurador y los procuradores adjuntos tienen competencia para intervenir en casos de reclamo o queja sobre violaciones de Derechos Humanos en todo el territorio nacional. Hay que recordar que para estos efectos todos los días y horas son hábiles.

En relación a los derechos tutelados, el Procurador protegerá los derechos individuales, sociales, cívicos y políticos, comprendidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, de manera fundamental la vida, la libertad, la justicia, la paz, la dignidad, y la igualdad de

la persona humana, así como los definidos en tratados o convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, los que ya indicamos tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Para poder ejercer su autoridad, el Procurador y los adjuntos podrán prevenir y solicitar a quien corresponda, la suspensión y hasta la destitución de los servidores públicos o funcionarios que con su actuación material, decisión, acuerdos, resolución o providencia, menoscabare, denegare, obstaculizare o de cualquier forma lesionare el disfrute o ejercicio de los derechos, libertades o garantías a que se refiere el artículo que precede sin perjuicio de iniciar las acciones legales pertinentes.

El Procurador podrá iniciar proceso en contra de cualquier persona, funcionario, empleado público, instituciones públicas o privadas, que violen o atenten contra los derechos humanos, en estos casos cuando la violación pueda constituir delito o falta, de las contempladas en el Código Penal Guatemalteco.

El Procurador, para el desempeño de sus funciones, podrá solicitar el auxilio y colaboración de los funcionarios, autoridades, o instituciones quienes están obligados a brindarlas en forma pronta y efectiva y los tribunales deberán darle prioridad a estas diligencias.

Toda persona, servidor público o funcionario está obligado a informar acerca de su gestión administrativa o comportamiento cuando se considere lesivo a los derechos humanos a requerimiento del Procurador, sus adjuntos o auxiliares departamentales. De no hacerlo así, el Procurador se valdrá de los preceptos constitucionales y legales para exigir tal información. En el caso de negativa de las autoridades es constitutivo de delito de desobediencia, basta con que el Procurador presente su denuncia ante el Ministerio Público, para que se inicie el procedimiento y si el funcionario tiene derecho de antejuicio, a donde corresponda para que de inicio tal procedimiento. Hasta el día de hoy no ha sido necesario que el Procurador pida un antejuicio en contra de algún funcionario y no se ha tenido conocimiento que haya denunciado al Ministerio Público una desobediencia de funcionario.

Las solicitudes de investigación o denuncias sobre violaciones a los Derechos Humanos, podrán presentarse al Procurador, procuradores adjuntos o auxiliares de la Institución, por escrito en papel simple, o verbalmente, por cualquier persona individual, agrupada o jurídica, sin sujeción a formalidades de ninguna naturaleza y sin costo alguno. El memorial de presentación de la denuncia de violaciones de derechos

humanos no tiene requisito formal alguno, esto significa que es *antiformalista*. Tampoco provoca costas procedimentales para ninguna de las partes que intervengan en el procedimiento.

Inmediatamente que se reciba la solicitud, el Procurador de los Derechos Humanos ordenará la apertura del expediente, y la realización de las acciones que considere necesarias. No existe un patrón ni reglamentación sobre las acciones que deba emprender el Procurador, puesto que dependerá de la violación que se trate.

Como ya lo explicamos en caso de delito, falta, acción u omisión que sea competencia de un tribunal de cualquier fuero u órgano administrativo de inmediato el Procurador hará la denuncia o solicitud y remitirá lo actuado a la autoridad correspondiente para su conocimiento y resolución.

En la misma resolución que abra el expediente el Procurador ordenará a la autoridad jerárquica superior de la institución o del funcionario, o a la que corresponda, las explicaciones del caso. El informe circunstanciado deberá remitirlo el obligado dentro del *plazo de cinco días*. Si el informe no se rindiere se tendrá por ciertas las afirmaciones del solicitante y puede caer en el delito de desobediencia.

Dentro del término de *ocho días*, contados a partir de la fecha en que se haya presentado la solicitud de investigación o denuncia de violación, el Procurador dictará resolución, haciendo constar cualesquiera de las siguientes situaciones:

Que no existen razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, en cuyo caso, ordenará el archivo del expediente.

Que existan razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, señalando un plazo que no excederá *de treinta (30) días* para continuar y finalizar su investigación o las acciones correctivas o preventivas que estime convenientes.

Que ha comprobado la violación de los Derechos Humanos y, por lo tanto, procederá de conformidad con lo estipulado por la ley.

Establecida la responsabilidad de cualquier persona individual, agrupada o jurídica, pública o privada, en la violación de los derechos humanos, el Procurador procederá de la siguiente manera:

Ordenar la inmediata cesación de la violación, y la restitución de los Derechos Humanos conculcados.

Según la gravedad de la violación promoverá el procedimiento disciplinario, inclusive la destitución del funcionario o empleado respectivo y cualquier otro procedimiento punitivo.

Si de la investigación se establece que existe la comisión de delito o falta, formulará de inmediato la denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente.

En caso de que la violación de los derechos humanos provenga de un particular, éste quedará sujeto a las sanciones que para el efecto correspondan.

Hay que recordar que el Procurador de los Derechos Humanos tiene *legitimación activa* en algunos procesos, tal el caso, como ya lo analizamos, en el amparo y la inconstitucionalidad; en materia de proceso penal tiene la facultad de actuar como *querellante adhesivo* y gestionar dentro del proceso.

Lo resuelto se notificará a los interesados, al responsable, y al funcionario, autoridad o dependencia administrativa correspondiente. Pero es claro que las resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala no tienen *efectos coercitivos*, únicamente la censura y las recomendaciones que pueda dar a las autoridades administrativas superior de los órganos.

Por el hecho de no tener efectos jurídicos las resoluciones del Procurador ni existe el ejercicio de la jurisdicción no existe la interrupción de plazos y abstenciones. La interposición de quejas ante el Procurador, no interrumpe, ni suspende los plazos administrativos ni judiciales. Si existe proceso o procedimiento administrativo en el expediente que se ha denunciado, éste sigue su curso y por ningún motivo se interrumpe. En este caso a efecto que no sea afectado el debido proceso y no hacer interferencia en la función jurisdiccional.

Suspenderá su actuación si el interesado interpusiere, respecto del mismo objeto de la queja, demanda o recurso ante los Tribunales de Justicia. Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas.

5.8.5 El Procurador de los Derechos Humanos en la Actualidad

La situación de los derechos humanos en Guatemala hay que analizarlos desde la concepción o clasificación tradicional, es decir, desde la perspectiva de los derechos y garantías individuales, sociales y económico-sociales. Ya ha quedado en la agenda de la procuraduría de los derechos humanos la situación de los derechos específicos como: defensoría de la niñez y la juventud, defensoría de la mujer, defensoría de la tercera edad, defensoría de los pueblos indígenas, la defensoría del recluso y

del debido proceso, defensoría de los desarraigados y del migrante y la defensoría de los trabajadores (*creada en el mes de febrero del 2002*).

Hay que revisar dos áreas importantes sobre las cuales el Procurador de los Derechos Humanos debe tener mayor relevancia, para poder ser objetivos, y hacer un análisis desde el punto de vista estatal y desde las perspectivas de la evolución de la sociedad guatemalteca en su conjunto.

Si lo analizamos desde el punto de vista Estatal, especialmente del Ejecutivo, no existe aún una clara conciencia, ni menos una agenda clara del significado de los derechos humanos. Las corrientes partidarias e ideológicas y especialmente los intereses de pequeñas cúpulas económicas, no permiten que el Estado tenga definidos lineamientos claros en materia de derechos humanos.

Desde las perspectivas de la evolución de la sociedad para la expansión, mejoramiento y transformación de la conciencia social en materia de derechos humanos, la defensa y protección se encuentra en franco déficit, debido a la cultura de violencia e intolerancia de agentes de poder que han dominado la vida política, económica y social de Guatemala.

Se tratará de hacer un breve análisis de algunos derechos fundamentales, que el Estado de Guatemala debe respetar y como ya lo hincamos, vamos a los derechos individuales.

5.8.5.1 Derechos Individuales

Las luchas sociales por obtener del Estado los espacios de libertad, seguridad y dignidad de la persona humana, por parte de los diferentes sectores civiles, se remontan hace un par de siglos en países del tercer mundo como el caso de Guatemala, pese al carácter de constitucionales y universales, los derechos humanos no son generalizables a la totalidad de la comunidad guatemalteca, o sea a la totalidad de la población.

Frente a las categorías éticas el Estado de Guatemala y el gobierno, se antepone la tradición política guatemalteca a, la forma dictatorial de los gobiernos, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, la corrupción y la arbitrariedad de los funcionarios públicos guatemaltecos, que están ligadas, al menos desde el derrocamiento de la revolución de octubre de 1944, que desde 1954 han desfilado una gran cantidad de gobiernos militares, a través de golpes de Estado y de manipuleo y fraudes electorales, y el poder absoluto en manos de militares, al menos hasta mitad de la década de los 80'. Es muy fácil distinguir el

papel que jugó la represión contra el pueblo guatemalteco, el papel de la corrupción que tristemente hasta el año 2004, jugó el Estado Mayor Presidencial guatemalteco y otros órganos de seguridad del Estado.

Todas estas reflexiones nos dan el parámetro para establecer que los derechos y garantías individuales no han sido respetados a plenitud como los guatemaltecos hubiéramos deseado.

Siempre cuando existe un cambio de gobierno hay una esperanza y con el actual sistema democrático y ya con varios regímenes anteriores, de las mismas características, con la disolución del no grato ni recordado Estado Mayor Presidencias, foco de la espantosa corruptela y de muchas violaciones a los derechos humanos, con la voluntad política del actual gobierno ya ha sido disuelto, se dio un paso firme para abolir todas aquellas violadoras de derechos y garantías fundamentales, tristemente recordadas por los guatemaltecos, especialmente de los años 70s y 80s que los guatemaltecos nos queremos olvidar.

5.8.5.2 La Seguridad Ciudadana

En la agenda de gobierno se debe ofrecer a la población una garantía para que la dignidad de los guatemaltecos no sea ofendida en sus reclamaciones legales. Debe entenderse que la seguridad ciudadana como el sistema eficaz y eficiente de la organización de la fuerza pública, a efecto de frenar y reprimir las agresiones que son víctimas las personas; debe entenderse como un estado de tranquilidad a que toda persona tiene derechos, debe ser protegido en contra de los abusos, corrupción, delincuencia generalizada y otros actos que atenten contra su seguridad personal; tiene derecho a una justa aplicación de justicia, puesto que de lo contrario atenta contra la dignidad humana; tiene derecho a ser protegido por la autoridad administrativa, por quienes les corresponde ejecutar las acciones necesarias y mínimas para garantizar este derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le garantice su seguridad personal, de su familia y de sus bienes, que no sufran agresiones de ninguna naturaleza, esto es un derecho que la propia Constitución establece.

Pero a lo largo de estas últimas décadas la militarización de las instituciones, el poder que detentan los miembros del ejército, no ha permitido que exista una verdadera seguridad de la persona humana, puesto que en el caso de Guatemala, la espantosa experiencia vivida, da cuenta de la selectiva represión de sectores populares, la política de aldeas

arrasadas (*población rural e indígena*), constituye un claro ejemplo. La represión contra manifestaciones pacíficas en contra de organizaciones sindicales y populares de los últimos años ha demostrado que, los aparatos de seguridad pública se convierten en aparatos de represión en contra de la población más necesitada.

La falta de seguridad y las malas políticas de los gobiernos ha traído como consecuencia que la población tenga que defenderse y al final se conviertan en delincuentes con los linchamientos de personas que delinquen en sus poblaciones y en las que han sido afectadas algunas personas inocentes.

Uno de los flagelos que afectan a la sociedad Guatemalteca es la mala práctica de las fuerzas de seguridad en las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, la militarización de las instituciones, los abusos de la autoridad contra los ciudadanos, la corrupción, no han permitido un desarrollo pleno de las garantías que establece la Constitución y los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Por otro lado los mediocres procedimientos para el combate a la delincuencia organizada, han provocado que los órganos jurisdiccionales tengan que dejar en libertad a personas que han cometido serios delitos contra las personas, por las malas prácticas del pasado de detenciones ilegales, no han aprendido a vivir en democracia y en un Estado de Derecho.

En fin sería innumerables lo que hace falta por recorrer en nuestro país, pero el papel jugado, en todos estos temas, el Procurador de los Derechos Humanos ha sido fundamental y somos del criterio que esta figura del defensor del pueblo, Ombudsman o procurador de los Derechos Humanos debe ser fortalecida y es en foros internacionales donde deben salir propuestas para el fortalecimiento de esta importante figura.

5.8.5.3 Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Muchos países después de la segunda guerra mundial, a la universalización de los derechos humanos se fueron incorporando principios éticos de solidaridad y desarrollo económico social de los pueblos, a efecto de viabilizar los derechos de carácter económico, social y cultural. Que posteriormente se fueron concretando en 1976 a través de pactos internacionales de derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales.

Guatemala es signataria de todos estos pactos internacionales, los que, por razones de índole ideológico políticas no las cumple, no obstante estar establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de

la República, cuando reconoce al Estado como responsable de la promoción del bien común y enfáticamente establece que el *interés social prevalece sobre el interés particular*.

A pesar de esta premisa rotundamente obligatoria, no existen políticas de la autoridad administrativa en la que tenga incidencia en la situación económico-social, deplorable de pobreza y extrema pobreza de la mayoría de los guatemaltecos.

En Guatemala la pobreza y la extrema pobreza, la exclusión social, la poca participación ciudadana, la falta de las necesidades esenciales para una vida digna, la falta de vivienda, la poca protección al consumidor y al usuario de los servicios públicos, el difícil acceso a servicios esenciales de telecomunicaciones, energía eléctrica y agua potable, la problemática de la tenencia de la tierra, han provocado que la situación económico-social del ciudadano guatemalteco se erige en un indicador del grado de perfil tan bajo de desarrollo humano, que se ha alcanzado en la sociedad guatemalteca.

6 Control del Gasto Público

La Contraloría General de Cuentas

Por definición legal la Contraloría General de Cuentas, es una institución técnica, descentralizada, con funciones de fiscalización de los ingresos, egresos y en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, contratista de obras públicas y de cualquier persona, que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. (*Artículo 232 de la Constitución Política de la República*).

Son requisitos para ser Jefe de la Contraloría de Cuentas:

- Mayor de cuarenta años;
- Guatemalteco;
- Contador Público y Auditor;
- Reconocida honorabilidad y prestigio profesional;
- Encontrarse en el goce de sus derechos de ciudadano;
- No tener juicio pendiente en materia de cuentas;
- Haber ejercido su profesión por más de diez años.

(Artículo 234 de la Constitución Política de la República de Guatemala)

La Elección del Jefe de la Contraloría de Cuentas es facultad del Congreso de la República, por mayoría absoluta de votos de los diputados que conforman el Congreso de la República de Guatemala, el que puede removerlo.

La elección se verificará dentro de una nómina de candidatos propuestos de una comisión de postulación.

La comisión de postulación se integra:

- Un representante de los Rectores de las Universidades del país;
- Los Decanos de las Facultades que incluyan la carrera de Auditoría;
- Un representante por la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Auditores y Administradores de Empresas. (*Artículo 233 de la Constitución Política de la República de Guatemala*).

La Ley del Tribunal y Contraloría de Cuentas, en su artículo 1° establece: “La función fiscalizadora de la hacienda pública y de la ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Nación corresponde con exclusividad a la Contraloría de Cuentas”.

El artículo 2° de la misma Ley preceptúa:

“La Contraloría de Cuentas es una institución técnica con absoluta independencia de funciones. Su función fiscalizadora se extiende a todas las personas que tengan a su cargo la custodia y manejo de fondos públicos u otros bienes del Estado, del municipio, de la universidad, de las instituciones descentralizadas así como sobre las demás entidades o personas que reciban fondos del Estado y las que hagan colectas públicas...”.

Por mandato legal, la Contraloría de cuentas es una institución u órgano de *control*, como lo indica el artículo 2° de la Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas, sin embargo, además de ser una institución eminentemente de control, debe ser una entidad *asesoría*, para el buen manejo de los fondos que corresponden a los órganos administrativos, y así agilizar la inversión en la creación de obras y prestación de servicios públicos.

Esta función de asesoría y control debe ir dirigida principalmente a las administraciones departamentales, y a las administraciones municipales, que son las que más necesitan de la misma, para mejorar la calidad de vida de los habitantes de los departamentos y del Municipio, a través de la inversión y manejo de sus recursos, como los del diez por ciento que actualmente el Organismo Ejecutivo por mandato constitucional les otorga.

Bibliografía

Calderón Morales, Hugo Haroldo

_____ "Derecho Administrativo Guatemalteco", Primera Edición, Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2003.

_____ "Manual de Derecho Administrativo" Una Perspectiva desde los ordenamientos Jurídicos de Guatemala y España, Primera Edición, Editorial Marqués Tallers Gráfic -Girona- Catalunya, Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2002.

_____ "Derecho Administrativo II", Segunda Edición actualizada, Montana Impresos, Guatemala, 2000.

_____ "Derecho Administrativo I", Editorial Fénix,, Guatemala, 2002.

_____ "Derecho Administrativo II", Editorial Fénix,, Guatemala, 2002.

_____ "Derecho Administrativo Parte Especial", Editorial Orión,, Guatemala, 2002.

_____ "Derecho Procesal Administrativo", Editorial fénix,, Guatemala, 2001.

Canasi, José

"Derecho Administrativo", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1,974.

Cermesoni, Jorge E.

"Derecho Administrativo", Segunda Parte, Editorial El Coloquio, Buenos Aires, Argentina.

Comadira, Julio Rodolfo y Escola Héctor Jorge

Derecho Administrativo Argentino, Editorial Porrúa México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Comadira, Julio Rodolfo

Derecho Administrativo, Acto Administrativo, procedimiento Administrativo y otros estudios, Segunda Edición, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina.

Delpiazzo, Carlos E.

Derecho Administrativo Uruguayo, Editorial Porrúa México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Fraga, Garbino

"Derecho Administrativo", Vigésima Primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1,981.

García Oviedo, Carlos

“Derecho Administrativo”, Casa Enrigo Martínez Useros, ELSA, sexta edición, Madrid España, 1,957.

Osorio, Manuel

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Helias-ta, Buenos Aires, Argentina, 1981.

La Eficiencia Administrativa y su Control

Hernan Celorrio *

1 Proyección Jurídica de la Eficiencia

1.1 Vigencia Actual

La nota de eficiencia¹ no ha sido objeto de especial interés en la doctrina administrativista tradicional, la cual ha dedicado su celo máximo a la profundización de los aspectos que hacen a la legitimidad del accionar público y con particular énfasis en la interdicción de arbitrariedad en los procedimientos de la Administración. Dicho enfoque ha constituido un camino virtuoso en cuanto fuere atinente al debido resguardo de los derechos individuales ante el ejercicio indebido de prerrogativas públicas, pero a la vez denota insuficiencia cuando la magnitud de los cometidos estatales involucrados en la extensa difusión de derechos fundamentales inserta en las perspectivas neo constitucionalistas exige compromisos de actuación pública a ser operados en condiciones ordinarias de eficiencia administrativa.

Tradicionalmente no constituía equívoco sustancial descartar mayores referencias a las consideraciones de eficiencia en cuanto la connotación jurídica se limitaba a parámetros de legalidad, evaluables con mayor o

* Abogado especialista en Derecho Administrativo y aduanero, Derecho Minero y Regímenes de la Inversión Minera, Recursos Naturales e Inversiones Extranjeras. Desde 1997 es Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Derecho Administrativo Económico, Universidad del Museo Social Argentino y Profesor Adjunto Ordinario de la Cátedra de Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires

1 Sin desconocer las diferencias conceptuales que en estricta apreciación terminológica corresponde establecer entre “eficacia” y “eficiencia”, se ha optado por una caracterización global bajo el segundo concepto, en función de lo acotado de esta presentación que impide discriminaciones certeras entre las mismas y por cuanto el planteo básico a desarrollar apunta a la correlación entre Administración Activa, gestión eficiente, control administrativo y Buena Administración como criterios sustantivos y ello no torna indispensable la precisión terminológica antedicha. En líneas generales, el concepto de eficacia apunta a la capacidad de lograr el efecto deseado o prescripto, y la eficiencia a la capacidad de hacerlo optimizando recursos; pero las normativas vigentes constitucionales, legales y reglamentarias carecen de competencia al respecto.

menor espectro y dimensión, en tanto que lo atinente a las modalidades operativas, tales como los propios de Ciencias de la Administración, o bien de Elaboración de Políticas Públicas resultaban postergadas. Sin embargo al presente la nota de eficiencia ha sido plenamente incorporada al espectro normativo, y más aún en varios sistemas, con rango constitucional, extremo que obliga, sin dudas, a actualizar aquellas premisas tradicionales, asimilando a condiciones de legitimidad los términos de eficiencia, sin perjuicio de admitir las notorias diferencias que hacen a su sustantividad y naturaleza, y sin desconocer la evolución histórica que condujo a su consagración y reconocimiento constitucional.

En tal sentido, recordaba Descalzo González² que “la eficacia requerida en toda actuación administrativa de la Administración Pública constituye un verdadero principio jurídico del que no obstante su carácter ciertamente genérico o indeterminado cabe extraer de manera resuelta, muy claras consecuencias en orden a la entera organización y actividad de la misma”.

Planteada y reconocida la formal juridización del concepto de eficiencia, resulta evidente, dada su notoria gravitación, que el control de la actividad administrativa, preventivo o ulterior, plenamente aceptado en notas de legitimidad, debe también contemplar, con perspectivas, diversas acordes con el objeto de la fiscalización. Tal contralor operará con pautas muy diferenciadas de las que habitualmente entendemos connaturales a las propias de legitimidad, lo cual no implica desconocer la gravitante relevancia de la condición de eficiencia. En efecto, debido a la ya apuntada proficua extensión de los cometidos estatales, las condiciones presupuestarias han adquirido muy particular énfasis prioritario, y a nadie escapa la muy directa vinculación entre un proceder eficiente y la calidad de la erogación fiscal involucrada.

La evaluación de la eficiencia supone técnicas muy diversas de aquellas utilizables en el contralor de la legitimidad, más aún cuando se comprende en su real proyección la vinculación sustancial entre la eficiencia y la concreción del interés general involucrado dado que este por definición supone compleja composición dado la heterogeneidad de los intereses públicos, y consecuentemente, supone también visiones integrales y excluye análisis estancos, en dinámica muy diversa a las propias de la revisión de legitimidad.

2 Antonio Descalzo Gonzales, “Eficacia Administrativa”, en Economía N° 2, año 2012, pág. 145-156.

Lo expuesto no implica en modo alguno que la condición de eficiencia deba excluir o limitar los alcances de las condiciones ordinarias de legitimidad. Lejos de ello, la acción eficaz debe comprenderse en los carriles ordinarios de la juridicidad plena de la cual es parte constitutiva, entendiendo también que la ley no puede por definición y condicionamiento constitucional exigir comportamientos que tornen impracticable una actuación eficaz. Se trata pues de un abordaje conceptual integral con aptitud hermenéutica amplia enmarcada en los Principios Generales de Derecho Público.

La complementación entre las condiciones de legitimidad y eficiencia es hoy definitoria y hace a la esencia de la actividad pública., por cuanto se estructura en función de una doble finalidad: la interdicción de arbitrariedad y la eficacia de la acción administrativa, y como puntualizara Vaquer Caballería³, “el ordenamiento jurídico no solo goza de validez y eficiencia formal, sino que persigue tener eficacia material efectividad y eficiencia”, utilizando la terminología más amplia para precisar el concepto propio de accionar eficiente.

Las aseveraciones precedentes, de notoria evidencia, en cuanto precisan la ineluctable necesidad de una adecuada composición de legitimidad y eficacia, no han sido, sin embargo, tradicionalmente así comprendidas, a punto tal que en varias ocasiones han sido planteadas en condiciones antagónicas. Es del caso referenciar la acotación de Alejandro Nieto⁴ quien señalara que muchas veces la Administración desquicia su funcionamiento en las vías del Derecho. Las prescripciones constitucionales vigentes revitalizan la juridicidad ínsita en la concepción de eficacia administrativa y por ende sería absurdo desconocer la exigibilidad de su contralor interno, más allá de eventuales revisiones judiciales que plantean disquisiciones jurídicas más complejas.

Así la operativa del contralor de eficiencia deberá contemplar esencialmente factores propios de los regímenes de Políticas Públicas y de Ciencias de la Administración, a diferencia del control de legitimidad, que ha de mantenerse en sus vías tradicionales, pero sustancialmente deberá instrumentarse en el marco de una visión integral de los intereses generales a cuya consecución se proyecta la acción administrativa evaluada.

3 Marcos Vaquer Caballería, “El criterio de la eficacia en el Derecho Administrativo”, R.A.P. N° 186 (2011), pág. 91-135.

4 Alejandro Nieto, “La nueva Organización del Desgobierno”, Ed. Ariel (2003), Cap. I, pág. 21-42.

1.2 Aspectos Básicos

La consagración constitucional amplia del Estado Social de Derecho acarrea un replanteo sustancial de las consideraciones jurídicas tradicionales aplicables a la gestión pública. En efecto dicha definición constitucional trae aparejadas proyecciones relevantes de activismo estatal, y en especial de dinámica regulatoria, inconcebibles en épocas en las cuales la retracción de la acción estatal se constituía en piedra basal y más aún si se evalúa paralelamente la interacción de los sectores públicos y privados en lugar de la caracterización antagónica anterior.

Consecuente a esa ampliación de la órbita de acción directa estatal, corolario de la expansión de los cometidos estatales y de la exigibilidad directa de una extensa gama de Derechos Fundamentales, surge gravitante la obligación de un desempeño eficiente en consonancia con las pautas razonablemente exigibles para la consecución de tales objetivos y con adecuado encuadre en las condiciones presupuestarias arbitradas. En tal contexto, el recaudo de eficiencia es equiparable al requerimiento de legalidad⁵ pero dada su naturaleza y sus modalidades no caben a su respecto rígidas posiciones de responsabilidad estatal, de plena aplicabilidad en cuanto a legitimidad forma atañe.

La exigencia de eficiencia debe ser evaluada en parámetros de apreciación integral de la actividad y por ende, no es adaptable a los criterios ordinarios de contralor de legitimidad formal, en las cuales la referencia analítica excluye la visión integral, todo ello por cuanto el objeto último de la estimación es la realización del interés general. Estas dificultades también se agigantan en cuanto las pautas propias, constituidas por los criterios reconocidos en Ciencias de la Administración son de aplicación relativa, dado que mucho difieren los “targets” de la empresa privada y las finalidades propias de los Entes Públicos, además de las limitantes propias de los esquemas procedimentales públicos.

Se ha señalado con acierto que la ampliación constitucional de Derechos Fundamentales ha forzado a un activismo estatal con significativos recaudos efficientistas pero abundando en tal conceptos se visualiza como factor determinante el reconocimiento constitucional de la

5 Recuerda Vaquer Caballería que la eficacia es un concepto final y la eficiencia una noción modal, y como principio jurídico la eficacia es un mandato de optimización mientras que la eficiencia es un conjunto complejo y tecnicado de criterios para dicha optimización. Las nociones de eficacia y eficiencia de la Administración son diferentes pero inescindibles pues la eficacia global pasa por la eficiencia (ob. cit. Pág. 103)

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) que se constituyen en el centro inequívoco de tal activismo, por su exigibilidad.

En efecto, la tendencia tradicional de limitar la prescripción constitucional de los DESC a una condición programática ha sido superada a través de una firme evolución internacional y asimismo en función de la doctrina a favor de plena normatividad intrínseca inherente a toda disposición constitucional.

Lo expuesto no inhibe la debilitación operativa de los DESC, en los supuestos en que el mismo texto constitucional condiciona su vigencia a una definición legislativa previa, no implicando desmedro a su operatividad natural, sino condición constitucional de implementación⁶ siendo del caso poner de relieve que la afirmación de operatividad del derecho, no supone de por sí la efectividad de su tutela judicial, en una visión pragmática, pero sí apunta a la posibilidad real de requerirlo, aun cuando no se hayan previsto las vías procedimentales hábiles, en una normativa específica.

Así, en el Régimen Constitucional Argentino, todos los derechos reconocidos por la C.N. son operativos, y en el caso de los DESC, aun sin jurisprudencia consolidada al respecto, es procedente entender que no existe limitante constitucional que derive la efectividad de su tutela a legislación ulterior especial, en lo atinente a aquellos DESC estatuidos por prescripción constitucional directa. Por el contrario aquellos integrados a la C.N. por prescripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de DESC, reconocen dicho condicionamiento (art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 2 de la Parte II de dicho Pacto Internacional), en función de la denominada “cláusula de progresividad”.

1.3 Los DESC y la Condición de Eficiencia

La tutela judicial efectiva hace a la plena exigibilidad de los DESC; y obviamente, su consideración solo puede analizarse cuanto revistan condición operativa directa.

A este respecto deben analizarse en segmentos diversos, tres situaciones: a) la exigibilidad de conductas negativas, b) la procedencia del

⁶ Ampliar en Robert Alexy, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en Neo Constitucionalismo, Ed. Trotta (UNAM) (2009), pág. 31-47.

requerimiento de prestaciones positivas y c) la problemática especial de la “dependencia legislativa”.

La exigibilidad de conductas negativas, de “no interferencia” es propia de los Derecho Civiles y Políticos (DCP), pero no exclusiva, pues también en numerosos supuestos la adecuada protección de los DESC así se configura (p. Ej.: los derechos al medio ambiente y algunos casos de derecho a la salud). Cuando así acaece el tratamiento de DESC y DCP en cuanto a su protección es absolutamente similar, lo cual demuestra que la plena operatividad de los mismos y su cabal tutela judicial no difieren de los DCP en su naturaleza, sino en la modalidad de implementación, según fuere la conducta debida exigible.

Por todo ello, ante la exigibilidad de conductas negativas se hace presente el principio establecido en la Opinión General N° 9 del comité de DESC del Pacto, precisando que “la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe por definición fuera del ámbito de los tribunales, sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes”.

El principio expuesto no queda desvirtuado por el dispar tratamiento judicial de DCP y DESC cuando se trata de las denominadas “prestaciones positivas”, diversidad exclusivamente motivada en las condiciones prácticas de su concreción, pues en general los DCP no requieren conductas debidas positivas.

En cuanto a “prestaciones positivas” debe deslindarse los casos en que las mismas se encuentran predeterminadas por legislación formal o bien por disposiciones reglamentarias que carecen de tal soporte. En el primer supuesto, la tutela judicial efectiva procede cabal en cuanto se trata de exigir conductas debidas, ya estatuidas por normas vigentes, cuya implementación corresponde a órganos ejecutivos. Como es notorio, la exigibilidad se proyecta a la Administración, y la calidad positiva de la prestación no limita su obligatoriedad ordinaria, pues se encuentra predeterminada; salvo el supuesto de que la misma quede condicionada a una habilitación presupuestaria inexistente. Por ello, en estos casos la tutela judicial efectiva, opera en términos ordinario, sin diferencia con los DCP.

Situación diversa surge en el tercer supuesto cuando la habilitación constitucional del DESC está condicionando a la emisión de normativa previa. Dos casos diferentes se presentan en este contexto: a) Aquellos cuya existencia efectiva queda condicionada por definición constitucional,

al dictado de una norma legislativa específica y b) aquellos cuya existencia efectiva surge del mismo texto constitucional, y la legislación ulterior ha de precisar la modalidad y funcionamiento de su materialización.

En el primer caso, no cabe exigibilidad por cuanto el DESC en cuestión carece de efectividad directa por el condicionante emergente de la misma Constitución, lo cual impide la configuración de una exigencia efectiva, en su sentido propio, al carecer de precisa conformación del derecho y correlativa conducta debida. Ello no excluye la posibilidad de que la Justicia declare la ilegitimidad de la omisión estatal, aunque no disponga de facultades para compeler a la reparación adecuada, extremo ajeno a una tutela efectiva de valor jurídico cierto.

Por el contrario, en el segundo supuesto, se verifica la existencia de un derecho acabado desde su prescripción constitucional, constituyendo la omisión legislativa y/o reglamentaria un obstáculo antijurídico para su correcta implementación. En estos casos, ante la configuración de un DF operativo, proceden las vías procesales para su protección, aunque su exigibilidad correcta, suele limitarse por una eventual autorrestricción judicial en materias que exigen específicos requerimientos dependiente de definiciones legislativas formales.

En síntesis, la operatividad congénita de los DESC puede ver opacada en grado sumo la efectividad de su protección, por limitantes judiciales basada en la ineficacia de las vías procesales idóneas para su satisfacción y en la ausencia de un esquema normativo hábil para suplir las omisiones legislativas; todo lo cual torna de específica gravitación la exigibilidad de conductas administrativas eficientes, con contralor interno preciso.

2 Fundamentos Sustanciales

2.1 Planteo

Entre las notas fundamentales del Derecho Administrativo luce el constante proceso de transformación de su contenido, así como la velocidad y la persistencia de dicho proceso, afirmación de innegable realidad, cuyas consecuencias directas conducen a la configuración de estructuras teóricas de máxima flexibilidad para acompasar sus alcances, preservando al máximo la certera proyección de los Principios

Generales de Derecho que arbitran el plexo vertebral del derecho público liberal aplicable⁷.

En sentido equivalente, el Dr. Garrido Falla en su obra “Las Transformaciones del Régimen Administrativo”, publicada en la década de 1950 sostenía, a partir del análisis del desarrollo de ciertos institutos, que las constantes modificaciones del accionar estatal, tanto en lo que se refiere a su estructura como a sus alcances, obligaba necesariamente a la adecuación de las mismas, a las exigencias de las nuevas realidades, habilitando su continuidad en un contexto de severa movilidad.

Tales aseveraciones de estos calificados juristas son terminantes en evidenciar la relevancia de este fenómeno evolutivo que hace a la esencia del Derecho Administrativo, pese a lo cual en líneas generales, no ha sido comprendido en su debida magnitud en su tratamiento doctrinario específico y menos en su gravitación real sobre los institutos y/o figuras del Régimen Administrativo.

Ya en 1897 el profesor Vittorio Orlando señalaba que “ninguna rama del Derecho se ocupa tanto del mundo moderno como el Derecho Administrativo.” y esa aseveración del Maestro del Derecho Administrativo italiano, la corrobora el profesor Cassese quien afirma que el “Derecho Administrativo posee una enorme extensión que no es parangonable a la de cualquier otra rama del Derecho”, pues dirige las Administraciones Públicas y la vida social, constituyéndose en el Derecho de la Sociedad Organizada, ambos en nítida deferencia a la proyección normativa ordenadora del Régimen Administrativo, sobre un amplio espectro de la vida social definida básicamente a través de las acciones de la Administración⁸.

Indudablemente, algunas precisiones, con más de una centuria de diferencia entre ambas, presentan un Derecho de tal dinamismo, que pese a la vertiginosa calidad y profundidad de los cambios sociales acaecidos en el siglo, mantiene la vigencia de su supremacía, fundamentalmente por su directa conectividad con el actor principal de la evolución social: el Estado, y primordialmente en su espectro, la Administración; pero claro está, el Estado, no solo por acción directa sino a consecuencia de los requerimientos sociales, como receptor de los mismos, y con la integración y participación activa del sector privado.

7 Javier Barnes, “El Derecho Administrativo como el verdadero Derecho de la Sociedad”, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo N° 1 (2016), pág. 45-48.

8 Sabino Cassese, Derecho Administrativo: Historia y futuro”, Global Law Press, 2014, New Paths for Administrative Law, pág. 447-459

He aquí un aspecto crucial, de aquel Derecho Administrativo finisecular, afincado en la acción directa estatal, en el régimen de los servicios públicos, en la preocupación por la delimitación correcta del intervencionismo público, y en clarificaciones sobre la contextura dicotómica (Autoridad ante Libertad) del régimen publicístico; mientras que hoy nos enfrentamos a un contexto en el cual el dinamismo del sector privado lo convierte en actor complementario inexcusable de las políticas públicas, en un titular de derechos fundamentales exigibles de conductas públicas activas, y en un responsable directo de la consecución de cometidos estatales de interés general, triple rol en el cual no es excepcional que en sí confluyan a la vez derechos y obligaciones a con visos de contradicción.

Así, en la fraseología de los distinguidos profesores italianos referidos, evolucionamos del Derecho de la Administración al Derecho de la Sociedad, pero su trascendencia jurídica en la normatividad social se mantiene incólume.

2.2 La Necesaria Adecuación de Cometidos y su Proyección sobre la Condición de Eficiencia

Las premisas expuestas conducen ineluctablemente a contemplar la necesidad de adecuar el valioso instrumental jurídico tradicional a las nuevas realidades sociales y constitucionales a afrontar, y ello de por sí, obliga al reconocimiento previo de los cometidos públicos a satisfacer, y en su función perfilar correctamente su utilización.

Algunos de estos aspectos se presentan como singularmente novedosos. Así cabe destacar como tales a la expansión de derechos fundamentales de exigibilidad directa de acciones públicas positivas eficientes o bien, la concatenación del accionar público-privado, con derivaciones normativas al sector privado; pero, todo ello bien puede enmarcarse en los carriles doctrinarios tradicionales, a condición de que fortalezcamos una visión realista, y no confundamos lo instrumental con lo sustancial.

Considerando la naturaleza instrumental que ostenta el orden jurídico, como elemento básico en toda técnica de organización social, surge con evidencia, esencialmente, la consecuente necesidad de una constante readaptación acompasada con las transformaciones socio-políticas, incluido el vector económico, que cada sociedad exige en función de su desarrollo histórico; y esta connotación propia del plexo jurídico en plenitud, se exagera en el Derecho Administrativo, sea cual fuere la

definición o caracterización sustancial que se pretenda, pues conforma básicamente el régimen jurídico de la Administración, brazo ejecutivo del Estado, y por ende aquel debe operar con continuidad y eficiencia, para la debida satisfacción de los cometidos estatales que la sociedad civil en instancias diversas determina. Y es desde ya imperioso preferir la nota de eficiencia en sentido lato, históricamente delegada en los análisis jurídicos administrativistas y hoy reconocida con nivel constitucional.

Al respecto cabe recordar que el profesor Scmuck⁹ señalaba, en un severo análisis sobre la necesidad de la legitimación política de las agencias públicas, es decir de la Administración, que, sin perjuicio de que su legitimidad constitucional resulte cabalmente consolidada, es necesario apuntalar su legitimación política, extremo urgente en la actualidad, con mayor rigor aún que en los tiempos del New Deal; y en tal sentido, puntualizó que aunque tradicionalmente la conformación política de Estados Unidos no se había sentido proclive al “Administrative State”, la condición de eficiencia como elemento definitorio de legitimación, se proyectó como uno de los principales sustentos del “New Deal”.

Es relevante el aspecto evolutivo hacia la eficiencia de la actuación de la Administración y, por tanto, a una configuración de un Derecho Administrativo que le da sustancial basamento esbozando un tratamiento normativo en el cual la condición de legitimidad formal no sea la única variable a controlar y precisar sino que también la eficiencia sea objeto de un adecuado contralor administrativo más aun cuando tradicionalmente ha sido ajena a una pertinente revisión judicial ulterior.

Perfilada así, a grandes trazos, la relevancia superior de esta connotación evolutiva corresponde precisar que sus alcances no apuntan sólo y exclusivamente a un análisis individualizado de sus principales figuras jurídicas, sino que lejos de ello, alude a los aspectos vertebrales de su estructuración.

Por ello, es imperioso enfocar correctamente el objetivo final a cuya consecución tienden los instrumentos jurídicos esenciales del Régimen administrativo, pues precisamente tal vector finalista constituirá el epicentro interpretativo que facilitará la integración contextual de dichos instrumentos, los cuales en reiteradas ocasiones, presentan

9 Foundations of Administrative Law, Peter Scmuck Foundation Press New York 2004. - (pgs. 7-14). Confr. el Capítulo I titulado The Theoretical Foundations of the Administrative State”. Asimismo ver James Landis, The Administrative Process, Yale University Press, 1938.

individualmente grados de evolución diversos, y por ende, requieren, como se señalara, de una fuerte interpretación contextual integral, para evitar contradicciones soslayables. Es relevante puntualizar que la condición de eficiencia supone de por sí la conformación de una visión integral del accionar administrativo.

Así pues, sin riesgo de equívocos, cabe sostener que, en una maraña de institutos dispersos, la alternativa válida excluyente es la debida apreciación de los cometidos a cumplimentar, y en su consecuencia, precisar con algún grado de certeza y precisión los alcances de los instrumentos jurídicos que el Régimen administrativo habilita para su consecución. Tal es una primera aproximación clave para la valoración de una gestión eficiente y se constituye en el parámetro central de una correcta configuración de un control administrativo de la Administración, que también debe adentrarse en la apreciación de su actividad reglamentaria involucrada.

En el campo específico de los esquemas regulatorios y su análisis sobre su condición de eficiencia, el profesor Offe insiste en la consideración de la condición del ciudadano, que sin perjuicio de ser el generador primario de la autoridad estatal, queda potencialmente amenazado por la coerción pública y dependiente de los servicios y provisiones organizadas por el Estado; y al respecto apunta a la composición de un modelo estable, en la comunión de los principios básicos del “rule of law” y del “welfare state”, en el marco de una “representative democracy”, con pautas de eficiencia en la conformación práctica de los cometidos estatales, derivados de dichos principios.¹⁰

En esta proyección analítica, tampoco cabe obviar que la generación de nuevos cometidos estatales, propios del Welfare State, y más aún del Estado Social de Derecho y sus sucedáneos, no implica exclusión de objetivos anteriores ni mera yuxtaposición, sino muy por el contrario, como liminarmente se refería “ut supra”, supone ampliación y consecuente prelación de finalidades o cometidos no excluyentes, en continua expansión como bien recuerda Cass Sustein en la configuración de los llamados nuevos “Bill of Rights”¹¹.

Este parámetro, que si bien, en muchas ocasiones, no ha sido objeto del debido reconocimiento en numerosos textos constitucionales

10 Modernity and the State, Claus Offe, The MIT Press (Cambridge Massachusetts, 1996) (pgs. 72-74, 81-85 y 147-157).

11 Cass R. Sunstein, La revolución en los Derechos, Ed. Universidad Ramón Areces (1990), Introducción, pág. XV a XIX.

clásicos, se evidencia en forma expresa en los desarrollos constitucionales modernos donde la vasta ampliación de Derechos Fundamentales con protección constitucional conduce a serias dificultades interpretativas, para evitar colisión indiscriminada de derechos; forzando clasificaciones heterodoxas al constitucionalismo tradicional, con derechos de distinta generación justificativos de prelación en sus alcances, en pos de interpretaciones integrativas que eviten demerito constitucional. Aunque en correcta hermenéutica, la única distinción relativa relevante, debe originarse de la diversidad del régimen de garantías (v.gr. Constitución Española de 1978).¹²

Esa ampliación del espectro de los Derechos Fundamentales se configura básicamente por la incorporación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en un proceso de constitucionalización de los mismos, precedido por un amplio reconocimiento internacional formalizado en diversos tratados. La tendencia internacional apunta a su interpretación cabal en un plexo normativo unitario, abarcativo del conjunto de los DESC, sin perjuicio de su enumeración específica; y paralelamente, en contraposición a los DESC, se difunde también un espectro unitario de los Derechos Civiles y Políticos (DCP), lo cual se proyecta en regímenes diferenciales de garantías entre DESC y DCP. Como se expusiera en parágrafos anteriores, en principio, los DCP gozan de reconocimiento constitucional directo, mientras que la normativa internacional prefiere un esquema de “progresividad”, condicionado a aspectos técnicos y económicos, para la plena vigencia de los DESC.

Históricamente, la doctrina tradicional postula que el Derecho Administrativo se configuró en función de la dicotomía antagónica entre la autoridad estatal y la protección de los derechos de los administrados, apuntando sustancialmente a la conformación de un régimen jurídico protector que impidiera o limitara significativamente la posibilidad de abusos de la preeminencia estatal, fundada en la preferencia jurídica que la consecución de intereses público habilita; pero como bien ha sostenido Parejo Alfonso, la evolución se proyecta en un panorama del Derecho Administrativo no monopolizado ni siquiera protagonizado por la clásica relación bilateral Administración-administrado singularizada” por lo cual “la construcción de la relación jurídico-administrativa como

12 BASILE, Silvio “Los Valores Superiores, los Principios Fundamentales y los Derechos y Libertades Públicas” en Estudio Sistemático de la Constitución Española de 1978, dirigida por los Dres. Alberto Predieri y E. García de Enterría, monografías Civitas, Madrid 1980 (pág. 263 y 55).

establecida entre dos sujetos con status bien definido y único es insuficiente para explicar el conjunto de relaciones de la Administración.¹³

De esta forma, sin invalidar en modo alguno esta concepción tradicional, de plena y muy justificada vigencia, no es procedente desconocer que nuevos aspectos que también hacen a la esencia de la acción administrativa, deben serle integrados; y entre ellos, cabe especial énfasis en el principio de eficiencia en la gestión de los cometidos estatales y en particular en la prestación de servicios públicos en sentido amplio, como hoy se reconoce con amplia recepción constitucional.

Tal condición de “eficiencia”, en líneas generales, exige la consideración de derivados que conjugan con la acción estatal para satisfacer cometidos de mayor complejidad, por configurarse con elementos económico sociales de apreciación internacional, respecto a las cuales los alcances de la soberanía tradicional ha quedado severamente limitada, y en algunos supuestos, cercenada¹⁴. Y, obviamente, tratándose de conductas exigibles a la Administración, mal podríamos excluir consideraciones amplias de control administrativo a su respecto.

3 Parámetros Sustanciales a Considerar

En sumario análisis de muy limitada extensión, y por ende susceptible de objeciones por no integrar suficientemente a otros factores influyentes, cabe sostener la prioridad de composición de dos parámetros sustanciales a saber: la debida protección de los derechos de los administrados, y la eficiente consecución de los cometidos estatales. En cuanto a estos últimos, si bien alguna doctrina pretende enmarcarlos en una amplia concepción del servicio público, su constante expansión

13 Luciano Parejo Alfonso, Manual de Derecho Administrativo, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, Cap. I (pág. 12-30).

14 Juan Alli Aranguren, Derecho Administrativo y Globalización, Civitas Ediciones, Madrid, 2004 (pág. 247-272). Es interesante verificar que “en el orden jurídico europeo la primacía de la ética de los derechos humanos constituye una clave de interpretación y de legitimación del orden jurídico que conduce necesariamente a una aproximación de los sistemas jurídicos nacionales al aplicar las mismas normas y jurisprudencia. En el mismo sentido, Ricardo Falk, de Princeton University, señala que debe contemplarse junto con una globalización de alto nivel (“globalization from above”) basada en Estados líderes, una globalización “de abajo” (“globalization –from below”) que apunta a la configuración de una comunidad universal (“one world community”) animada, entre otras, por preocupaciones ambientales, derechos humanos y proyecciones sociales, que infunden contenido especial a las relaciones jurídicas administrativas, al conjuro de proyecciones universales, que tienden a normativizarse, en detrimento de parámetros tradicionales de soberanía, ver Global Visions, Beyond The New World Order, Southend Press, Boston, Introduction (pág. IX-XVII) y Part I The Making of Global Citizenship, Richard Falk (pág. 39-48).

y complejidad de realización, torna inocuo y poco certero su integración en conceptualizaciones unitarias.¹⁵

Tampoco se adicionarían mayores clarificaciones enmarcando el segundo término de la ecuación bajo un concepto amplio de interés público, pues su mutabilidad en términos espaciales y temporales, es manifiesta. Así, solíamos ejemplificar la nota diferencial sustancial entre la relación de derecho público y la relación jurídica privada, conforme a su mayor o menor distancia al interés público comprometido, simbolizando a este como una llama cuyo calor irradiado dotaba de tono publicístico las relaciones jurídicas en función de su cercanía, con la grave dificultad adicional, de no tratarse de una llama inmóvil, sino por el contrario de alta movilidad espacio temporal.

El esquema sustancial del régimen jurídico administrativo debe elucidarse bajo la condición básica de generar el instrumental jurídico adecuado para habilitar a la Administración la eficiente prestación de los servicios inherentes a los cometidos estatales mutables, con debida protección de los derechos constitucionales de los administrados, en coherente prelación interpretativa, conforme a la generación de los derechos que se trate, y con el necesario ajuste entre derechos individuales y de acción colectiva, de habitual conflictividad intrínseca.

Constituye un aspecto decisivo entender el régimen jurídico administrativo en este marco, lo cual de por sí, libera de equívocos, que en muchas ocasiones, han impedido o bien dificultado seriamente el desarrollo pleno de figuras jurídicas de cuño administrativista. Típico ejemplo de tales limitantes, han sido las consabidas forzadas relaciones con institutos de Derecho Civil; extremo lógicamente inapropiado, pues

15 Paula Ilveskivi, "Fundamental Social Rights in the Finnish Constitution" en "The Welfare State and Constitutionalism in the Nordic Countries", Copenhagen, Denmark, 2001 (pág. 219-245). Revela particular interés la conformación de la concepción de los Derechos Fundamentales en la doctrina legal finlandesa, en la cual se plantean en una dicotomía calificable como status negativo o status positivo. La dimensión negativa de los Derechos Fundamentales se enfatizaba por décadas hasta la reforma constitucional de 1993, pues hasta entonces los Derechos Fundamentales apuntaban a la protección individual frente a los poderes públicos, especialmente por la legislatura. Por el contrario, la prevalencia de la perspectiva positiva debe ser comprendida no solo como protección contra la violación de derechos individuales, sino como justificativo de requerimiento de medidas activas, a través de las cuales las autoridades públicas deben garantizar derechos. Agust Thor Arnason refiere que en la generación de las constituciones escritas se proyectaba esencialmente la lucha por el reconocimiento de derechos políticos, y en general de los DC y P, por lo cual no es extraño ver en el nacimiento del constitucionalismo escrito, la ausencia de principios de "social welfare", lo cual no excluye la visión presente de que tanto DC y P como DESC, se encuentran en el centro del concepto de derechos humanos, avalado por la Comunidad Internacional (A.T. Arnason, Director of Reykhavik Academic of Law, Constitutionalism: Popular Legitimacy of the State en Welfare State and Constitutionalism-Nordic Perspectives). Y, es precisamente para la debida exigibilidad de los derechos sociales, cuando la eficiencia se constituye en valor determinante de la acción estatal.

siendo de absoluta evidencia las proyecciones y finalidades diversas entre ambos regímenes jurídicos, se hace indispensable un muy prudente tratamiento de semejanzas que habiliten esquemas de analogía, o bien interpretaciones integrativas.

Así, ya un principio básico de lógica aristotélica indica que las cosas se diferencian en función de una cualidad común, lo cual no es una referencia paradójica, sino un nítido elemento lógico que facilita entre otras, la clasificación entre género y especies: y precisamente, la diferencia no se estructura "in se", sino sobre las bases de un criterio selector exterior a las cosas diferenciales, que se concreta en relación a la finalidad pretendida y en cuyo análisis, las consideraciones que hagan procedente la cumplimentación eficiente de los cometidos exigibles se perfilan en un papel relevante.

Por ello, si se apunta a asimilaciones o diferencias jurídicas, el criterio selector debe ser el régimen jurídico aplicable, y dado el carácter instrumental que reviste la normativa, la distinción opera en función de la finalidad que hace a la esencia del régimen. Consecuentemente, siendo indubitable la cabal distinción de la naturaleza de la relación de derecho público ante aquella de cuño civilista, no caben asimilaciones amplias, lo cual no excluye la existencia de institutos con notas comunes, o bien de figuras que por razón histórica surgen del tenor de las prescripciones del Código Civil, extremo que como anteriormente se señalara, no justifica de por sí, arbitrarias asimilaciones.

En esta perspectiva, muchos son los ejemplos que podrían precisarse, y quizás el tema del régimen de la Responsabilidad del Estado reviste un carácter claramente representativo por su muy especial significado respecto de los alcances de la conectividad entre institutos de derecho público y aquellos de cuño privado; y a cuyo respecto es gravitante el análisis integral, que la condición de eficiencia, exige.

La concepción jurídica de la responsabilidad no es exclusiva del régimen público o bien del derecho privado, sino que los excede, configurándose a un orden superior a ambos comprensivo, lo cual no impide observar, que se implementa a través de modalidades y alcances diferentes. En el campo de la responsabilidad del Estado, el efecto presupuestario contingente asume un rol relevante ausente en el régimen privado, mientras en éste, las transformaciones acaecidas en décadas pasadas respecto al factor de atribución han sido reflejadas con mayor intensidad que en el régimen público.

Es de sumo interés, evaluar la evolución de la responsabilidad civil, en cuyo origen y concepción tradicional el aspecto subjetivo de la culpabilidad asumía función relevante y primigenia; y por el contrario, al presente, la calidad del daño configurado y la capacidad económica de asumirlo determina el criterio sustancial para apreciar la responsabilidad emergente, transformándose el régimen ancestral de responsabilidad en el llamado “derecho de daños”.

Por el contrario, el análisis de la Responsabilidad del Estado, instituto propio del Derecho Público, obliga a precisar su real dimensión en el contexto del esquema global de cometidos estatales a cumplimentar, de modo tal de no conformar un régimen de responsabilidad de corte faraónico cuya gravitación presupuestaria actué en el detrimento del eficiente cumplimiento de los cometidos antedichos.¹⁶ Esta nota peculiar del régimen público, es muy ajena a consideraciones propias de derecho privado, dado que el análisis de los institutos de Derecho Administrativos carece de sentido sin su contextualización y valoración de conjunto, en función de un vector final: habilidad instrumental para la eficiente satisfacción de cometidos estatales, sin agravio de derechos individuales, constitucionalmente reconocidos.

Por ello, en lo atinente a la Responsabilidad del Estado, la barrera presupuestaria supone limitantes de alto significado, más aún al presente, cuando sus connotaciones internacionales obligan a un muy delicado tratamiento, como lo acreditan los extremos presupuestarios estructurales de la Unión Europea, y su incidencia constitucional (art. 135 Const. Española).

En ningún caso puede excluirse una visión integradora de la acción pública, concatenando el debido respeto de los derechos de los administrados con la definición del móvil régimen jurídico para el eficiente cumplimiento de los cometidos estatales constitucionalmente impuestos. En este marco, no cabe ya apuntar a responsabilidades del Estado de alcances paquidérmicos, sino que corresponde precisar sus límites, dejando de lado el antiguo dogma de que el mejor sistema de responsabilidades

¹⁶ Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1984) (120-132). El autor señala con precisión que las transformaciones a las cuales se ha visto sometido el Estado Contemporáneo ha traído consigo una transformación no menos profunda de la naturaleza y funciones del Derecho, provocando la obsolescencia de algunas instituciones y categorías jurídicas tradicionales, antes de que acabaran de cristalizar otras alternativas. Así “a lo largo del siglo XIX la doctrina jurídica elaboró un paradigma de Derecho Público de signo negativo que giraba en torno a al concepto del límite”. Tal paradigma permanece en vigor y su necesidad es indubitable como manifiesta es su incapacidad para satisfacer los requerimientos del Estado Social de Derecho, con razonable eficiencia.

administrativas era el más amplio posible y es necesario descartar sistemas que constituyan criterios de responsabilidad objetiva global de la Administración, con carácter excluyente.

En breve conclusión, en los institutos de Derecho Público la interpretación integrativa en función de criterios finalistas, definidos por la gestión eficiente de los cometidos estatales es una necesidad, a la inversa del régimen privado, en el cual carece de esa esencia vertebral.

En esta línea de pensamiento, de Juan Asenjo, al aludir a los preceptos del capítulo III del Título I de la Constitución Española, admite que el texto constitucional niega eficacia subjetiva e inmediata a los derechos sociales, pero dado su reconocimiento como principios del ordenamiento jurídico surge la necesidad de que los poderes públicos los “respeten y protejan”; y con tales miras, considera que califican de eficacia negativa y positiva, conforme a los siguientes parámetros: a) eficacia negativa o impeditiva válida para conformar “la ilegitimidad de las acciones de los poderes públicos que se muevan en dirección contraria a la marcada por esos objetivos orientadores” y b) eficacia positiva o legitimadora en cuanto postula “la auto enajenación a los poderes públicos para ejercer sus competencias” en tal dirección, en una concepción dinámica constitucional.

No puede soslayarse tampoco la incidencia del fenómeno del intervencionismo estatal y de las consecuencias propias del Estado Social de Derecho en la evolución del Derecho Administrativo, por su proyección directa en la ampliación de los cometidos estatales y en la mayor precisión constitucional para su debida consecución aunque el amplio reconocimiento doctrinario del fenómeno, torna inapropiado su desarrollo en esta instancia.

Por el contrario, merece especial énfasis el enfoque de la configuración de notas del Derecho “post-moderno”, que si bien no son exclusivas del Derecho Administrativo, le alcanzan en plenitud y se proyectan sobre los alcances de la exigibilidad y de un accionar eficiente.

Al respecto cabe recordar a Alli Aranguren¹⁷ quien señala que a diferencia del Derecho Moderno caracterizado por su sistematización, su generalidad basada en conceptos generales concatenados y su estabilidad, la posmodernidad implica que los derechos son relativos, que existe una complejidad de fuentes creadoras de normas jurídicas, y que se

17 ALLI ARANGUREN (op. Cit.) (pág. 167-177).

“impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación”. Así el autor señala entre las notas básicas de las concepciones post-modernas: a) el pluralismo de las fuentes de derecho, b) el desconocimiento de un poder normativo intrínseco, c) flexibilidad y adaptabilidad normativa, d) contenido técnico de las normas, e) preponderancia de su instrumentalidad. Obviamente, en tal contexto, se generan perspectivas amplias para las figuras del “soft-law”; y como telón de fondo, surge notoria la figura de la gestión eficiente como soporte angular del sistema.

En efecto, así como el Derecho Moderno se caracterizó por su sistematización, estabilidad y generalidad, basada en conceptos abstractos, el derecho “post-moderno” es esencialmente relativo, con heterogeneidad y complejidad de fuentes normativas, y sus notas propias son el pragmatismo y la flexibilidad. Esta sucinta descripción desde ya, perfila una correlación sustancial con las connotaciones insertas en la acción eficiente de la Administración, y por ende, con su régimen jurídico.

La impronta del derecho “post-moderno”, con clara preponderancia de la instrumentalidad y del pluralismo de fuentes mucho se compadece con principios de eficiencia de la gestión administrativa, y también se ajusta liminarmente con el desgajamiento de la noción tradicional de la soberanía estatal, acosada al nivel superior por regulaciones internacionales de aplicación directas (p.ej. normas comunitarias), y en el otro extremo por regulaciones locales de entes territoriales con habilitación normativa (p.ej. Comunidades Autónomas en España).

Acápite de especial relevancia constituye la preponderancia adquirida por el rol del reglamento, en cuanto atiende a la eficiencia de la acción administrativa, en desmedro de la prelación tradicional a favor del acto administrativo. Precisamente, la ampliación de la gestión de la Administración, exigida por el “Welfare State”, o bien por el Estado Social de Derecho, conjugada con el aludido requerimiento de eficiencia en la consecución de los cometidos han convertido al acto reglamentario, en el instrumento hábil de la gestión de la Administración Pública.

Completando este sucinto panorama corresponde referir la importancia adquirida por el Derecho Administrativo especial en cuanto se adecua a necesidades específicas a gestionar, y el cual sin desmedro de los principios generales permite, mediante una focalización directa, estructurar el instrumental normativo adecuado a las exigencias que el cumplimiento eficiente de los cometidos determina, no siendo sobreabundante reiterar que el pragmatismo involucrado apunta a una

flexibilidad normativa, a través de interpretaciones hábiles, lejos de criterios emergentes de clasificaciones anticuadas, con evidentes incongruencias ante las transformaciones que la gestión eficiente de cometidos estatales exige.

Sin adentrarse en la profundización del espectro moderno de la intervención administrativa, puede verificarse que la acción positiva de la Administración excede ampliamente la órbita tradicional del servicio público, para adentrarse en técnicas de fomento y en especial de policía administrativa. Ello constituye un fenómeno especial moderno, pues los prismas tradicionales administrativistas ordinariamente entendían las técnicas policiales como limitativas de derechos individuales, y por ende negatorias o restrictivas de la actividad privada, cuando hoy precisamente se configura la situación inversa, pues tales técnicas pueden bien orientarse de por sí también a ampliar y mejorar el campo de las acciones privadas. He ahí una clara correspondencia con el enfoque del Derecho Administrativo como Derecho de la Sociedad.

La complejidad de los cometidos cuya consecución compete al Estado, obliga a éste, además de su de acción directa, a generar campos de ajustada delimitación para que la actividad privada se desarrolle con amplitud coadyuvando a la realización de tales finalidades, para lo cual la utilización de técnicas policiales adquieren connotaciones positivas de beneficio directo para la actividad privada en su conjunto (p.ej. normativa regulatoria del régimen de Defensa de la Competencia); a lo cual debe sumarse una adecuada complementación con los esquemas propios de una correcta y extensa aplicabilidad del principio de subsidiariedad.

4 Condición de Eficiencia en la Gestión Estatal

Los aspectos puntuales reseñados, constituyen elementos orientados a la condición de eficiencia en la gestión estatal a través de la Administración, con la conceptualización cabal del carácter instrumental de un régimen jurídico, lo cual no inhibe la legítima preocupación de la doctrina tradicional por el debido resguardo de los derechos individuales ante los abusos, reales o eventuales, falazmente justificados con referencia al interés público comprometido, representado excluyentemente por la Administración.

En realidad, hoy se trata de concatenar hábilmente ambos factores, para lo cual el Derecho Administrativo debe activar su calidad intrínseca de flexibilidad y capacidad de adaptación, para evitar la profundización

del fenómeno conocido como “huida del Derecho Administrativo”. En tal sentido, Alli Aranguren textualmente señala que “el Derecho Administrativo se halla hoy en una agonía, en sentido griego de lucha y contienda, por servir a la persona a sus derechos y libertades, tratando de hacerlos efectivos como supremo interés general”.

Cabe hoy la insistencia en la necesidad de dotar a la Administración del instrumental jurídico adecuado a la eficiente acción administrativa, en función de los cometidos a cumplimentar, susceptibles de muy rápida modificación evolutiva, en función de las exigencias socio-políticas de la comunidad; y para ello, debe variarse sustancialmente la prelación tradicional de institutos administrativos.

Sin perjuicio de ello con muy especial énfasis debe valorarse que la eficiencia esté directamente concatenada con el principio básico de cabal respeto de derechos individuales, en constante expansión, aspecto que aún no se ha receptado en su debida dimensión, dada la sanción constitucional de un amplísimo abanico de derechos de distinta generación y complicada integración, y con la certeza de que la ampliación notoria de los Derechos Fundamentales, arbitrada por el llamado Neoconstitucionalismo, apuntala el activismo estatal, lo cual naturalmente exige un mejoramiento de las técnicas garantistas tradicionales, y una afirmación plena y coherente del principio de tutela judicial efectiva.

El régimen administrativo tradicional se estructuró en relación con dos polos opuestos simbolizables como la oposición entre libertad y autoridad, apuntando a configurar regímenes de equilibrio que conjugaran márgenes razonables de libertad, que hacían a los derechos constitucionales de los administrados, con un marco aceptable para el ejercicio de las competencias públicas, orientadas a la satisfacción de intereses generales de la comunidad.

En este contexto bipolar, el acento mayor se puso en el sector considerado más débil, presente en tal relación como parte minusválida y, por ello, la proyección tuitiva del régimen administrativo tradicional, en el cual la protección de los derechos de los administrados constituyó el aspecto cardinal.

Con la irrupción de la amplia gama de Derechos Fundamentales y la habilitación constitucional del requerimiento de eficiencia se suma un nuevo elemento sustancial en la relación bipolar descrita, pues se configura una afirmación contundente de la obligatoriedad constitucional de conductas activas con condición de eficiencia al Estado. No es esto

totalmente nuevo porque siempre la satisfacción debida de intereses públicos fue obligación pública, pero sin duda este planteo constitucional de severa gravitación, consecuente con la formulación del Estado Social de Derecho, proyectó con contundencia especial este requerimiento, a punto tal de interponer en aquella condición binómica un tercer elemento: la acción positiva eficiente.

Por ello, en la actualidad, los institutos administrativos deben contemplar estos tres aspectos con especial y similar relevancia; es decir, en modo alguno se descuidan los anteriores y tampoco puede menoscabarse la condición proteccionista, sino que corresponde adicionar y correlacionar el nuevo elemento. No son tiempos de reformulaciones, sino de adecuaciones interpretativas.

En suma, los institutos deben integrarse en un plexo superior definido por el vector sustancial de la actividad exigible a la Administración, precisado en la conjunción integral de los tres elementos aludidos.

Finalmente, corresponde puntualizar que precisamente la mutabilidad de los cometidos y su consecuente incidencia sobre el régimen jurídico aplicable hace necesario dotar a éste de la calidad de flexibilidad operativa razonable para evitar bruscos cambios normativos que habiliten perspectivas evolutivas sin sobresaltos. En tal sentido, el notorio desarrollo reciente del “soft law” presenta pautas precisas de los requerimientos de flexibilidad. No cabe olvidar que los esquemas de codificación, si bien implicaron tradicionalmente un eslabón relevante de evolución jurídica, no pueden escapar a su naturaleza estratificante que poco condice con sistema legales que requieren constantes adecuaciones y, por ende, la solución viable consiste en dotar al “hard law” de la amplitud necesaria para facilitar los procesos de adecuación sin cortes bruscos que deterioren los avances doctrinarios y jurisprudenciales concentrados en su marco.

La consecuencia obvia de habilitar esquemas de flexibilidad operativa exige el requerimiento formal de una sólida rigidez y contundencia constitucional, que establezca con singular gravitación el marco rígido en el cual pueda desenvolverse la flexibilidad normativa apuntada. Y, a todas luces, tal rigidez implica naturalmente limitantes severas para modificaciones y/o enmiendas constitucionales que sólo deberían proceder muy excepcionalmente cuando las variaciones en los alcances de los cometidos estatales supongan variación sustancial del modelo del Estado que la Sociedad exija.

5 Reflexiones Finales

La expansión de los Derechos Fundamentales y en modo muy especial lo atinente a los DESC, sumado a los amplios cauces que el neo constitucionalismo ha habilitado en el marco del Estado Social de Derecho, provocaron una exacerbación de la actividad estatal directa o indirecta. Por ello se ha ampliado paralelamente el alcance del intervencionismo estatal, lo cual en modo alguno implica acción directa pública sino adecuada concatenación de la iniciativa económica pública con la iniciativa privada, que en la práctica se visualiza a través de una notoria dinámica regulatoria y un pujante despertar del “soft law”.

Dichas notas aparejan de por sí una especial gravitación del concepto de eficiencia en cuanto en todo esquema proactivo subyace con énfasis la necesidad de una debida integración entre recursos disponibles y cometidos a cumplimentar a través de la concreción de procedimiento hábiles al efecto. Estas consideraciones se manifiestan con mayor contundencia cuando las limitantes presupuestarias además de las severas razones económicas que las fundamentan revisten sesgo constitucional (v.gr. Art. 135 de la Constitución Española).

Las dificultades señaladas se agigantan en materia de contralor en cuanto los criterios de revisión de legitimidad presentan una contextura y una tradición que aseguran pautas precisas de valoración, lo cual no acaece en el análisis de las condiciones de eficiencia más aún cuando en estas ultimas no surge con claridad y gravitación el “caveat” de los alcances del principio de tutela judicial efectiva. Más aun esta falencia torna determinante la necesidad de configurar un esquema de contralor administrativo de la eficiencia que no sólo hace a una correcta gestión pública sino que se constituye en un relevante garantía para el particular de la operatividad de principios de Buena Administración en tópicos respecto a los cuales no se visualiza con evidencia una revisión judicial certera.

Doctrinas modernas tienden a equiparar la condición de legalidad a la de eficiencia¹⁸, lo cual por simple desarrollo lógico conduce a la afirmación de la necesidad de su contralor administrativo, en parámetros asimilables al control de legalidad sin desmedro de las dificultades referidos pero también es dable poner de relieve que las mismas se agudizan en materia de regulación. En efecto, la naturaleza de la

18 Ver G. Gardaiz Ondarza, “El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII (2002), pág. 323-340.

actividad reglamentaria obliga a un debido contralor preventivo pues la revisión “post-facto” supone serias dificultades interpretativas sobre sus alcances. Estas consideraciones adquieren interés especial si avanzamos en una visión global del Derecho Administrativo como Derecho de la Sociedad lo cual supone una especial dinámica regulatoria con profusión normativa abierta de nivel “sub-lege” y en clara consistencia directa con la acción privada en la consecución de los objetivos públicos económicos y sociales constitutivos del interés general. Nuevamente surge la necesidad de enfoques integrales respecto a la evaluación de la eficiencia en contraposición al enfoque analítico y particularizado que caracteriza a los controles de legitimidad.

La condición de eficiencia se manifiesta en todo aspecto de la actividad administrativa y debe ser evaluada sin desmedro alguno de las condiciones de legalidad, extrema que en muchas ocasiones alumbra dificultades de correcta concatenación que deben ser dirimidas con los criterios de ponderación habilitadas en una estricta aplicación de los principios generales de Derecho Público, superadores de atisbos positivistas previos. Estas apreciaciones adquieren mayor relevancia al vislumbrarse el Derecho Administrativo como genuino Derecho de la Sociedad, dado que, al decir del Profesor Barnes “buena parte de sus normas tienen por objeto propio el establecimiento de una sociedad organizada y no imponer un mandato a la Administración”¹⁹.

19 Javier Barnes, ob. cit., pág 43.

El Control Administrativo del Leviatán

Germán Cisneros Farías*

Introducción

Los conceptos de control, poder y Estado de derecho, deben ser despejados en el transcurso de este trabajo, para integrarlos en un todo armónico que, debidamente conjugados, permitan su comprensión y pertinencia en el contexto del Derecho administrativo.

El concepto básico a despejar es el poder del Estado y sus mecanismos de control. Parafraseando el pensamiento de Isaiah Berlin: no es prudente dejar en libertad al lobo, pues de ello depende la vida de los corderos; es decir, en aras de la libertad, de la propiedad, de la igualdad y asuntos de nuestra fé, nos es conveniente controlar al Leviatán.

En el trabajo que ahora desarrollamos a partir de las estructuras constitucionales de España y de México, damos cuenta de la importancia del control administrativo del poder, pues, tomando en cuenta- repetimos- estructuras constitucionales, le damos oportunidad al derecho administrativo para que detallando las disposiciones correspondientes pueda controlar al poder del Estado.

Hasta ahora, la doctrina da cuenta de que el control del poder del Estado se ha dejado en manos de las constituciones correspondientes. Y todos sabemos que esta parte, por lo común, es poética, filosófica, demasiado general que las más de las veces se evapora en su abstracción. Por ello, resulta conveniente señalar o enunciar dichos controles constitucionales, para que en una etapa posterior, la Administración pública y el Derecho administrativo puedan concretar su aplicación, en beneficio

* Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, doctor en derecho constitucional y administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México, miembro del sistema nacional de investigadores, conacyt, profesor de derecho administrativo comparado en la UANL, México.

de los tres grandes fines que se deben perseguir a favor de los ciudadanos: ampliar su libertad, asegurar el ámbito de la legalidad y, favorecer su vida mediante un buen gobierno.

Hemos tomado como ejemplo de estructuras constitucionales los casos de México y España, de tal manera que sus controles nos sirvan de referencia enunciativa para la vida jurídica de América Latina.

En nuestro estudio hemos notado que ya se están dando más y más controles constitucionales y administrativos del poder general del Estado. Esto beneficia de manera notable los tres grandes fines que se persiguen con este control como son: mayores ámbitos de libertad para los ciudadanos, sujetar al Estado de manera estricta a la legalidad y, exigir a sus gobernantes un ejercicio mejor de sus facultades para que sus resultados se puedan observar en un buen gobierno para los ciudadanos.

1 Del Leviatán, a la Comunidad Universal de los Estados Constitucionales Modernos

Del monstruo bíblico¹, marino, o leviatán, que ante su sola vista o presencia la gente se desmaya, así concebido el Estado o república, en su manifestación primitiva, esto es sin, anzuelo o mordaza alguna vamos transitando a diferentes controles de tipologías de las formas de Estado: del *Machtstaat*, o estado bajo el régimen de fuerza, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII y del *Polizeistaat*, el Estado bajo el régimen de policía, es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característicos del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Estas fórmulas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado actual y sus controles, hasta la expresión actual del Estado constitucional, presentado con frecuencia como una versión particular del Estado de derecho, dentro de la comunidad internacional de estados constitucionales modernos.

¹ Isaías:27:1; Job:41:1,9; Salmos: 74:14; 104:26.

En el capítulo X de su obra clásica, Hobbes² habla de la naturaleza del poder que, como la fama es creciente a medida que avanza. Miedo y honor, nos dice, en actos de guerra son irreconciliables en cuanto a guerra o poder se trata, pero sin controles, en la guerra misma se transforman en fuerza y fraude, convirtiéndose en dos grandes virtudes cardinales del Leviatán.

El Leviatán- Estado- y sus formas de gobierno han cambiado o están cambiando en la época moderna, de ahí que su forma de interpretación y aplicación en derecho general y en particular del Derecho administrativo, no pueden contemplar su estructura de ayer ni su perspectiva actual puede ser la misma. Entonces debemos caminar bajo la consideración de que la dinámica social es otra, que ya nos compele a obtener una visión moderna del Estado constitucional y sus correspondientes formas de control.

2 Una Constitución como Control del Poder del Estado

Ciertamente la teoría general del Estado recoge como elementos básicos de su formación: el pueblo, el poder y el territorio, pero en esta triada no tiene lugar el elemento que debemos considerar, en una teoría moderna, como esencial para la conformación del Estado, esto es una Constitución o una teoría de la Constitución. Con Häberle³ la teoría general del estado tiene que ser plenamente conjugada a partir de una Constitución.

Por razones que hoy todavía resultan convincentes, el artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 (la que se integró a la Constitución de 1791 y que todavía está vigente en Francia por obra del preámbulo de la Constitución de 1958) formula y dispone lo siguiente: “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la división de poderes no tiene Constitución”.

Este es un enunciado válido de derecho constitucional en la Francia actual y, desde el punto de vista de la historia de la cultura, es también un “texto clásico” cultural del tipo de Estado constitucional. Los pueblos cuyo poder constituyente han podido establecer una Constitución de ese tipo se han decidido, cuanto menos y de manera inmanente, en favor de este enunciado básico de 1789.

2 HOBBS, Tomás, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, F.C.E., México, 2001, Cap. X, pp. 69 y ss.

3 HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001, pp.21 y 133.

Así de manera se establece que la primera forma de controlar el poder es y ha sido en la evolución jurídica de nuestra historia moderna, la presencia de un poder constituyente que crea una Constitución para un Estado y, que además, establece como principio básico de su funcionamiento y de su control, la separación o división de poderes.

3 Los Controles del Poder: *quid custodent custodens*

Nunca ha existido un poder incontestado, nos dice Diego Valadés. Incluso en las etapas de más desenfrenado despotismo, el poderoso no escapa a los efectos de la conspiración, de la intriga y de la traición. El déspota o autoritario, por lo general, muere en manos de su mismo pueblo, cerrando el adagio de que “se cosecha lo que se siembra”. Si bien no se puede considerar que esas formas primitivas de relación con el poder hayan dejado algo bueno, no se deben ignorar cuando se trata de analizar que, como en las relaciones interpersonales previas a la regulación procesal, en el mundo del poder primitivo también se daban formas de autodefensa y de autocomposición que hoy podemos catalogar como mecanismos de control.⁴

Los sistemas de control también tienen relación con los mecanismos adoptados para justificar el origen del poder. En tanto que se consideró que ese origen tenía naturaleza divina, el titular del poder respondía sólo ante su superior que, para estos efectos, era una deidad.

Un giro radical se debió al cambio de concepto, típicamente renacentista, de la soberanía. En tanto que el poder supremo fue trasferido al Estado y más tarde al pueblo, es ante éste que se responde y es en nombre de éste que sus representantes actúan y, entre otras cosas, participan en las formas de ejercicio de control de poder. Por eso es tan importante el concepto de soberanía popular: porque explica el origen del poder, el ejercicio del poder, la forma del poder y el control del poder.

La soberanía es el problema central de la política y por ende de la vida de la sociedad y del Estado.⁵

La soberanía recae en el pueblo, por lo mismo las relaciones entre los poderes, y los controles que en ese proceso jurídico-político se ejercen, son instrumentos de preservación de dicha soberanía. Los poderes no se relacionan y controlan entre sí como parte de una función mecánica, ni como resultado

4 VALADÉS, Diego, El Control del Poder, Editorial Porrúa - UNAM, México, 2000, pp.147,148.

5 HELLER, Hermann, La soberanía, UNAM, México, 1965, p. 214.

de una visión patrimonialista de la tarea pública. No se trata de que cada área del poder, o sus respectivos titulares, defiendan prerrogativas propias, como ocurrió en la Edad Media y nadie, en un sistema representativo, puede actuar en nombre y por interés propio. Lo hace en nombre y por interés de la comunidad que es titular del máximo poder: el soberano.

Es así como el Estado, en ejercicio de su soberanía establece controles de poder para sí mismo, hasta el límite o frontera de la pregunta clásica: *quid custodent custodens*, a lo cual la doctrina responde: el Estado o la Constitución lo controla el pueblo mismo.

4 El Control como Elemento del Estado de Derecho, en el Estado Constitucional

Así llegamos al punto de que para su supervivencia, el control a través del derecho, se convierte en un elemento esencial, bajo la clara manifestación de un Estado de derecho.

El Estado de derecho significa para Miguel S. Marienhoff⁶, que a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo; en otros términos, que el derecho sujeta tanto a gobernados como a gobernantes.

Aceptamos entonces que una manifestación evidente del Estado de derecho, se da mediante la presencia y aplicación de sus controles, pues de otra manera el concepto de derecho sería abstracto, etéreo, casi metafísico.

Este Estado de derecho ha de determinar con precisión, a través de la forma del Derecho, tanto la dirección y los límites de su propia acción como el ámbito de libertad de sus ciudadanos, y ha de asegurarlos sin fisuras. Y no debe imponer desde la idea ética del Estado, más que lo que pertenece a la esfera del Estado, esto es, no debe extenderse el Estado más allá de lo necesario. Éste es el concepto de Estado de derecho. No significa, simplemente, por ejemplo, ni que el Estado pueda disponer del ordenamiento jurídico sin objetivos administrativos ni que tengan que proteger por entero los derechos de los individuos.

Por ello todo control se ejerce para satisfacer los intereses políticos y jurídicos de quien lo ejerce, o de aquellos a quien este representa. De tal manera que el grado de concentración o de extensión del control

⁶ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, Tomo 1, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p.62

refleja el nivel de centralización o descentralización del gobierno, del aparato administrativo y del poder mismo.

5 El Autocontrol del Poder como Primera Manifestación

Las invocaciones a la autocontención del gobernante tienen registro histórico que se perpetúa a lo largo de los siglos. Así aparece el auto control del gobernante que aparecen en la obra literaria de Pedro Calderón de la Barca, en que el Rey Basilio, le ordena a su ministro Clotaldo que desde la prisión conduzca a su hijo Segismundo para darle a conocer en una fantasía de sueño que es el próximo heredero del reino de Polonia. Lo conduce para apreciar sus reacciones cuando sepa que ya es el heredero de la Corona mencionada. En cuanto el príncipe Segismundo conoce su enorme poder, comienza actuar en forma desordenada, irreflexiva y arbitraria, sosteniendo un diálogo posterior con su padre en que ofende la investidura real. En la obra literaria el drama mencionado tiene feliz desenlace porque el príncipe rectifica, se autocontrola y adquiere luego las características necesarias para ejercer el poder, esto es, se vuelve de buen talante y con dicho ánimo dicta órdenes llenas de generosidad.

Recordemos las admonitorias palabras de Segismundo:

<p>“y en el mundo, en conclusión Todos sueñan lo que son Aunque ninguno lo entiende</p>	<p>¿Qué es la vida? Un frenesí. ¿Qué es la vida? Una ilusión una sombra, una ficción y el mayor bien es pequeño; que toda la vida es sueño, y los sueños, sueños son”.</p>
---	---

El proceso de auto control queda confirmado y el príncipe está apto para el ejercicio del poder⁷. En ese ejemplo encontramos reflejada, sin más rebuscamientos que los versos literarios, la percepción del poder en la era del absolutismo.

⁷ CALDERÓN, de la Barca, Pedro, La vida es sueño, Salvat editores, acto segundo: Basilio, Clotaldo, Clarín y Segismundo.

6 El Control Jurisdiccional: Primer Control Material del Poder, sobre el Poder Legislativo

El control jurisdiccional sobre las actividades legislativas del Estado es de reciente data. Durante más de la mitad de los doscientos años que el constitucionalismo ha cumplido (en Francia) o está a punto de cumplir (en España), las normas de toda clase, leyes o reglamentos, han estado al margen de cualquier juicio de validez a cargo de los tribunales. Tanto a escala constitucional como en la práctica, los reglamentos y las leyes han quedado fuera de esta clase de control hasta bien entrado el siglo XX.

No obstante, desde la misma implantación de las primeras constituciones se reconocía a los jueces y tribunales una única posibilidad jurídica de reaccionar contra los reglamentos ilegales: implicarlos, tan solo eso.

La aparición del control constitucional de las leyes es, en España, un poco más tardía porque no se consagra hasta la Constitución de 1978, sin perjuicio de su efímero reconocimiento en la constitución republicana de 1931. Esta última es prácticamente coetánea de las constituciones alemana de Weimar, austriaca y checoslovaca, que construyeron, 10 años antes, la avanzadilla de los sistemas europeos de control judicial de las mismas leyes.

La gran construcción teórica de H. Kelsen, surgida en un contexto político en gran medida favorable a la exclusión de los jueces y tribunales ordinarios de tan elevada función de control, supuso un giro fundamental sobre las pretensiones de éstos de participar en dicha tarea. En esta nueva formulación teórica la justicia constitucional se encomienda a un órgano especializado integrado por miembros no pertenecientes a la magistratura sino designados por las instituciones políticas representativas entre especialistas cualificados. Al ubicar la justicia constitucional fuera de la organización judicial ordinaria, se pretende, por un lado, dejar al margen de dicha función a los jueces y tribunales ordinarios y, por otro, reforzar el carácter democrático del órgano encargado de la justicia constitucional.

En resumen, las técnicas de reacción contra reglamentos ilegales son la inaplicación o las declaraciones, totales o parciales, de nulidad ya que es la nulidad, como nos consta y no insistimos en recordar, la sanción que el ordenamiento dispone contra las normas ilegales o inconstitucionales. La primera puede ser decidida por cualquier juez o Tribunal, sea cual sea el orden jurisdiccional al que pertenezca y se refiere exclusivamente a los reglamentos ilegales. El enjuiciamiento de la validez de

las normas y las subsiguientes declaraciones de nulidad está atribuida exclusivamente a jurisdicciones especializadas, contencioso-administrativas y constitucionales principalmente.⁸

6.1 La Creación del Modelo Europeo de Justicia Constitucional Concentrada: sus Fundamentos

Muñoz Machado⁹ firma que:

“En ninguna de las Constituciones que se aprueban en Europa a lo largo del siglo XIX se hizo un reconocimiento explícito de la facultad de los tribunales de controlar la constitucionalidad de las leyes. Verdaderamente tampoco existió esta atribución en la Constitución norteamericana, pero el Tribunal supremo se encargó de ejercer dicha competencia como una atribución implícita, que le correspondía por naturaleza. Una decisión tan atrevida como la que se produce en la Sentencia Marbury vs Madison de 1803, no tienen parangón en Europa hasta la sentencia de Reichsgericht de 5 de noviembre de 1925 en la que este alto tribunal también consideró que los jueces y tribunales tenían atribuida implícitamente, por la Constitución federal de 1871 y la de Weimar de 1919, la facultad de controlar las leyes federales para determinar su adecuación a la Constitución.

La doctrina que el Juez Marshall establece en Marbury vs Madison de 1803 se refiere directamente a qué es lo que deben hacer los jueces cuando tienen que elegir, en un asunto concreto entre la Constitución y una ley que se oponga a la misma. Dice la sentencia: “los que aplican la norma a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí los tribunales deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, una ley y la Constitución son aplicables a un caso particular por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley, el Tribunal debe determinar cuál de esas normas en conflicto es aplicable al caso. Ésta es la esencia verdadera de la obligación de los jueces.”

La inspiración ideológica y técnica de esta sentencia está en inmediata conexión con lo que Hamilton¹⁰ había expuesto en el brillante artículo que figura como número 78 en el Federalista. Para justificar la competencia de

8 MUÑOZ, Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, editorial lustel, España, 2011, Tomo 2, pp. 1192, 1193 y ss.

9 MUÑOZ, Machado, Santiago, Idem, pp 1216 y 1216.

10 HAMILTON, A. J. Madison y J. Jay, El Federalista, F. C.E. Editorial México, 2001, capítulo LXXVIII, p. 332.

los jueces para inaplicar las leyes contrarias a la Constitución, argumentaba lo siguiente: “No hay proposición que se apoye en principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”.

6.2 Crisis del Modelo Concentrado de Control

Los jueces y tribunales ordinarios, tanto en el contexto del sistema contencioso administrativo de control de disposiciones generales como en el ámbito del comunitario europeo de control de normas, tienen atribuidas funciones bastantes relevantes que operan en perfecta armonía con las exigencias de la seguridad jurídica y tienden a satisfacer del modo más amplio posible el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, de la organización de la justicia constitucional y de la posición marginal en que se sitúa a los tribunales ordinarios en relación con el control de la constitucionalidad de las leyes, no puede hacerse, una valoración tan positiva, sino más bien la contraria: en algunos aspectos, la situación ni favorece la seguridad jurídica, ni garantiza suficientemente los derechos, además de articularse técnicamente de un modo extraño a los otros dos sistemas de control de normas, nos dice lo anterior el tratadista español Santiago Muñoz Machado.¹¹

Quizás la crisis del modelo de justicia constitucional concentrado, que por las solas razones de falta de coherencia con la tradición contenciosa-administrativa tendría que plantearse tarde o temprano, no se haya comentado por la doctrina dándole la mucha importancia que tiene porque en España la experiencia en materia de justicia constitucional es corta y, en el tiempo transcurrido desde que se estableció, ha prestado al asentamiento de la Constitución otros servicios, seguramente superiores a su origen mencionado.

El Tribunal ha orientado a las demás instituciones del Estado, fijando pautas de conducta jurídica acomodadas a la Constitución, dirigidas principalmente a todos los órganos jurisdiccionales, que difícilmente podrían haber sustituido al Tribunal Constitucional en la formulación de una doctrina tan coherentemente sostenida y en tan breve plazo afirmada. En este sentido, casi todas las apreciaciones sobre la contribución

11 MUÑOZ, Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, editorial Iustel, España, 2011, Tomo 2, pp. 1134 y 1135.

del Tribunal, pueden referirse con más justicia a las primeras épocas de su trabajo que a la de los últimos años.¹²

7 Del Tránsito del Control Constitucional al Control Administrativo del Poder

Desarrollado lo anterior, podemos afirmar que: es la misma Constitución, en su organización interna del poder, la que controla dentro de su legalidad, a cualesquier manifestación del poder, iniciando tal control con una estricta separación de sus poderes.

Bajo esta concepción, el Estado es una unidad de poder que actúa mediante la organización de tal poder. En verdad que ni la organización del Estado se agota en la Constitución, ni ésta se agota en la organización del Estado; pero sí es, en una forma u otra, parte integrante y supuesto de la existencia de ésta. Es muy sencillo comprobar lo anterior cuando descendemos a un plano concreto, si se examinan las diversas constituciones que en los países del mundo están en vigor, siempre encontramos que una buena parte de su articulado se dedica precisamente a estructurar y organizar los principales órganos del Estado, que generalmente son los llamados poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Tiene también la constitución relevante significado en el orden político, en ella los pueblos toman, ha dicho acertadamente Carl Schmitt¹³: “las decisiones políticas fundamentales”, que distinguen el ser de un pueblo y que no pueden modificarse fácilmente, como son los preceptos constitucionales donde se consagra la forma de Estado, la forma de gobierno o se declaran los derechos del hombre.

Las decisiones políticas fundamentales, por tanto, imprimen a cada constitución una configuración singular, en ellas se incorporan los valores políticos que una comunidad nacional adopta en un momento histórico determinado.

En nuestra Constitución mexicana de 1917, al decir de Fix-Zamudio, se han considerado como decisiones fundamentales las siguientes: los derechos del hombre; la soberanía del pueblo; la democracia representativa; la división de poderes; el sistema federal; la institución municipal y el juicio de amparo.¹⁴ Mediante cada una de esas decisiones políticas

12 MUÑOZ, Machado, Santiago, Idem, p. 1235.

13 SCHMITT, Karl, Teoría de la constitución, Editora Nacional, México, 1961, pp. 27-29.

14 FIX ,Zamudio, Héctor - Valencia Carmona Salvador, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, editorial Porrúa, México, 2001, p.p. 52 y 53.

fundamentales se presentan controles para el poder mismo, pues dichas estructuras no deben ser reformadas sin que para ello se convoque a un plebiscito nacional con tal propósito.

Pero, señalado lo anterior, el Estado debe ser controlado en sus aspectos administrativos, ciertamente tomando como base las estructuras constitucionales, mediante actos o controles propiamente administrativos.

8 Los Fines del Control Administrativo del Poder: Libertad, Legalidad y Buen Gobierno

8.1 De la Libertad

En opinión de Hamilton, robusteciendo la tesis de Montesquieu es esencial para la conservación y disfrute de la libertad de los seres humanos, “fundar sobre una base apropiada el ejercicio separado y distinto de los diferentes poderes gubernamentales”.

Y da para ello las siguientes recomendaciones administrativas:

“los miembros de cada departamento deberían depender lo menos posible de los otros por lo que respecta a los emolumentos anexos a sus empleos. Si el magistrado ejecutivo y los jueces no fueran independientes de la legislatura en este punto, su independencia en todos los demás sería puramente nominal”.

“Pero la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para, actuar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo”.¹⁵

15 HAMILTON, A. J. Madison y J. Jay, El Federalista, F.C.E. editorial México, 2001, capítulo LXXVIII, p. 220.

8.2 De la Legalidad

El control administrativo implica necesariamente, someter a toda la Administración pública del Estado, a cada uno de sus poderes, bajo el principio de la legalidad.

Debemos entender que la Administración es una creación abstracta del derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos. De ahí su importancia conceptual como instrumento del control del poder.

Según el planteamiento originario del principio de legalidad, la administración, primero, no podía actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la Ley lo que podemos extender a las demás fuentes del ordenamiento, en la medida en que se produzca legítimamente; y segundo, a ese mecanismo se le calificaba de proceso de ejecución de la Ley o de la legalidad, en el amplio sentido antes indicado.¹⁶

8.3 Del Buen Gobierno

El derecho al buen gobierno, nos dice Diego Valadés¹⁷, se expresa por la garantía de que las instituciones funcionen en los términos de eficacia y eficiencia que el orden constitucional democrático dispone.

Diego Valadés hace énfasis en la compatibilidad entre instituciones y buen gobierno, contruidos ambos mediante mecanismos de control que deben ser declinables con los mecanismos de su funcionamiento razonable y efectivo.

De no ser así, parecería que las instituciones sólo pueden bloquearse recíprocamente, como parte de controles perniciosos para su funcionamiento.

16 GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, editorial Thomson Reuters, Navarra- España, 2011, p. 460.

17 VALADÉS, Diego, El Control del Poder, Editorial Porrúa - UNAM, México, 2000, pp.180 y 181.

En la práctica política lo común es que los mecanismos de control institucional sean utilizados para dirimir luchas por el poder. Se trata de una distorsión del propósito institucional y de una mala lectura de las atribuciones constitucionales¹⁸.

Entender lo que significa el derecho al buen gobierno, que equivale a un derecho de ejercicio pasivo de los gobernados, corresponde por igual a quienes desempeñan tareas de gobierno y a quienes aspiran a sustituirlos. Para alcanzar este propósito el orden constitucional prevé los controles adecuados. Es así como puede advertirse la importancia de los controles públicos en una democracia constitucional.

Insiste el autor citado en que: justamente por darse en el ámbito una democracia constitucional, donde existe la posibilidad de alternancia en la titularidad de los cargos representativos, también está contemplado que los controles deban funcionar en términos de hacer operantes las atribuciones institucionales. Gobernar eficazmente es un derecho activo de quien accede a la titularidad de los órganos representativos, y un derecho pasivo de la comunidad en general, no sólo de quienes integraron la corriente electoral mayoritaria.

Una de las dificultades en el ejercicio de los controles resulta, por lo tanto, de eventuales errores de lectura y de inercias políticas. Por ejemplo en sistemas políticos de poca competencia, la lucha política suele centrarse en la utilización de los controles como instrumento de descalificación, más que como mecanismo para velar por la adecuada actividad institucional.

9 Los Controles Administrativos del Poder: México y España

Tomando como base la extraordinaria tesis doctoral del Dr. Diego Valadés, intitulada el control del poder, enunciemos de manera general los controles administrativos que existen, en su estructura constitucional, tanto en México como en España. El desarrollo de cada uno de ellos lo haremos en el numeral correspondiente.

1. Iniciativa
2. Sanción
3. Referéndum
4. Periodos de sesiones

18 VALADÉS, Diego, *idem*, p. 180.

5. Información
6. Comparecencias
7. Comisiones
8. Facultad reglamentaria
9. Estrados extraordinarios (alarma, excepción y sitio)
10. Cuestión de confianza; revocación de mandato
11. Responsabilidad del gobierno
12. Presupuesto

10 Explicación de los Controles Administrativos del Poder en México y España

Las constituciones, tanto de México (1917) como de España (1978), tienen una estructura general de controles constitucionales del poder- a favor de los ciudadanos- que dan oportunidad al Derecho Administrativo en general y en particular a la Administración pública de esos países, establecer leyes, reglamentos y disposiciones administrativas para controlar el poder, permitiendo con ello, mayores beneficios de libertad, legalidad y buen gobierno.

10.1 Iniciativa

La iniciativa de leyes, *per se*, no constituye un instrumento de control, político sino una forma de relación administrativa entre órganos del Poder. En términos generales el tema de la iniciativa tiene más relación con la función de dirección política que de control; empero, el ejercicio de la iniciativa es relevante para los efectos del control desde una triple perspectiva. a) Las limitaciones impuestas a los agentes políticos en materia de iniciativa, influyen negativamente en sus posibilidades de control amplio o extenso; b) el proceso legislativo da lugar a una intensa relación entre órganos del poder, que a menudo se traduce en actos de auto control, y c) en un sistema parlamentario el éxito de una iniciativa presentada por la oposición tiene repercusiones en la estabilidad- y por ende en los procesos de control- del gobierno.

La Constitución española regula el ejercicio de la iniciativa legislativa en el artículo 87, en tanto la Constitución de México regula tal proceso de iniciativa en los artículos 71 y 72. De acuerdo con este precepto

la iniciativa corresponde al gobierno, en cuyo caso toma la forma de proyecto, y al Congreso y al Senado, que la presentan como proposición.

Además, las facultades atribuidas a los grupos parlamentarios tienden a reforzar el papel de los liderazgos de partido, con lo que se facilita la interlocución entre los dirigentes políticos y la formulación de acuerdos. Este mecanismo resulta atractivo para quienes ejercen el gobierno, porque permite eludir la dureza de los debates públicos, cuyo lugar es ocupado por negociaciones a puerta cerrada; también es convincente para los líderes de los partidos minoritarios, formen o no parte de la alianza de gobierno, porque consolida su posición de dominio dentro de su organización política.

10.2 Sanción

La sanción permite, en ambos procesos, controlar la legalidad en la elaboración de una Ley, evitando la suplantación de la misma.

En el artículo 62 de la Constitución española establece dos tipos de competencias regias: las que el monarca ejerce *motu proprio*, y las que desempeña a instancias del gobierno o de su presidente. Entre las primeras figuran tres: la sanción, la promulgación de las leyes, el mando de las fuerzas armadas y el patronazgo de las academias reales.

Estas dos últimas habiendo polémica en la doctrina por lo que respecta a las fuerzas armadas no coincide en las relaciones entre órganos del poder, pero sí la primera. De acuerdo con la redacción de los artículos 62 y 91, se actualiza la hipótesis del artículo 56, en cuanto a que el Rey arbitra y modera el funcionamiento de las instituciones. Las demás funciones atribuidas al monarca, están vinculadas a la decisión del gobierno, no tienen relevancia política (en el caso del patronazgo) o permanecen en el ámbito de lo polémico (Lo concerniente a las fuerzas armadas). En cambio, la sanción de las leyes es un acto directo y exclusivo del Rey.

En México, de acuerdo con el artículo 72 de nuestra Constitución todo proyecto aprobado en ambas cámaras se remitirá al Ejecutivo, para su sanción quien, si no tuviere observaciones (facultad de veto) , lo publicará inmediatamente.

10.3 Referéndum

El artículo 92 constitucional de España plantea problemas interesantes desde la perspectiva del control político. Se establece que las decisiones políticas, siempre que sean de especial trascendencia, pueden ser sometidas a referéndum consultivo. El punto de control se localiza en que la convocatoria corresponde al Rey, a propuesta del presidente del gobierno y previa autorización del Congreso, y también el mensaje o comunicación que el presidente de gobierno dirija a los diputados, solicitando su autorización para proponer al Rey la convocatoria a un referéndum, es objeto de debate en el pleno de la cámara.

La versión original que sirvió de base al precepto, fue el artículo 85 del proyecto. Ahí la hipótesis eran tres. Podían someterse a referéndum: a) las leyes votadas pero todavía no sancionadas; b) las decisiones políticas de especial relevancia, y c) la derogación de leyes en vigor.

El proyecto, modificado sustancialmente en las cámaras, contenía un erro técnico. De las tres hipótesis sólo dos correspondían al concepto de referéndum (las concernientes a la aprobación o derogación de normas). La relativa a decisiones políticas se trataba, en rigor, de un plebiscito, como lo hizo notar en los debates el senador Carlos Ollero (Cortes, p. 3896) el error se debió a que, al perderse en el proceso las notas características del referéndum, se conservó una inercia deliberativa centrada en los aspectos democráticos de esa institución.

La redacción final del artículo 92 conserva un tono anfibológico, porque materialmente el precepto constitucional alude a “decisiones políticas”, lo que, como se dijo, obligaría a hablar de plebiscito; pero sí se conservó la denominación de referéndum, y forma parte del capítulo que rige la elaboración de las leyes, puede entenderse que los constituyentes aceptaron las decisiones políticas en un sentido amplio que, por lo mismo, incluye a las elaboraciones normativas.

10.4 Periodo de Sesiones

Puede considerarse al periodo de sesiones como una forma de controlar, por medio del tiempo, el ejercicio del poder deliberativo. Ciertamente si el poder deliberativo no tiene estaciones o paradas, entonces sería un órgano con características autoritarias, seriamente peligroso para el equilibrio de los poderes.

De acuerdo con el artículo 73 constitucional, las cámaras tiene un doble periodo anual de sesiones ordinarias: uno que va de septiembre a

diciembre, y otro de febrero a junio. Si en ambos casos las sesiones se desarrollan del primero al último día de los meses señalados para iniciar y concluir las sesiones, respectivamente, las Cortes estarían reunidas durante nueve meses del año, lo cual supondría una larga presencia en el espacio de la política española.

La duración de las sesiones es un buen indicador de la presencia activa de los congresos o parlamentos para desempeñar las funciones de control que les asigna el sistema constitucional. Sin embargo, la prolongada duración de los periodos también tiene un efecto de paradoja, porque entre más tiempo permanezca un representante alejado de su distrito electoral mayor riesgo corre de ser desplazado en un proceso electoral, y por ende el impacto de sus opiniones podrá verse contrarrestado por la falta progresiva de apoyo popular. Este fenómeno se atenúa de alguna manera por los efectos de difusión que se alcanzan a través de los medios de comunicación, pero la experiencia también muestra que los lectores reclaman un mínimo de vinculación con sus representantes.

En tanto que el órgano legislativo mantenga una actitud constante de control sobre el órgano de gobierno y las funciones políticas y normativas del estado no decaigan, sin importar quién las realice con tal de que sea conforme a la Constitución, y siempre que el ámbito de libertades individuales y públicas esté plenamente garantizado, se puede hablar de equilibrio institucional.

Conforme a esa dimensión de las relaciones entre los órganos del poder, la duración de los periodos de sesiones adquiere una gran importancia. La presencia constante del Parlamento no pone en riesgo las funciones normativas del gobierno, pero la ausencia del debate político si expone a la ciudadanía a quedarse sin orientación y, eventualmente, sin un garante de sus derechos. Lo anterior es aplicable en México, atento a sus artículos 65 y 66 (del primero de septiembre al 15 de diciembre) y (del 1 de febrero al 30 de abril).

10.5 Información

En España, una importante función de control es la que se ejerce a través de los informes que el parlamento puede pedir al gobierno. EL artículo 109 contiene esa facultad que, si en un momento inicial estaba solamente prevista como atribución de las cámaras, durante el proceso constituyente se enriqueció con la propuesta de Raúl Morodo, para

que también las comisiones puedan ejercerla. Con la cautela del caso, Miguel Roca, a su vez, propuso que los informes siempre se requieran a través de los respectivos presidentes de las cámaras.

En los términos del artículo 109, la información que se puede requerir es tanto de carácter político cuanto de naturaleza técnica. Por eso se explica que el precepto señale como sujetos obligados a prestar la información, al gobierno, a sus departamentos y a cualquier autoridad del Estado y de las comunidades autónomas.

El principio podría concederse que los informes *per se*, no constituyen una expresión de control pero si se tiene en cuenta no el hecho aislado de que un miembro del gabinete provea la información requerida por el parlamento, sino la sujeción jurídica que ese hecho supone, y la posibilidad de que la información requerida sea utilizada para nuevas decisiones parlamentarias, su relación con los mecanismos de control aparece más clara.

10.6 Comparecencias

En sus respectivos apartados constitucionales, tanto en México como en España se otorga la facultad a su parlamento para citar o comparecer a los altos funcionarios del gobierno central.

El problema que más se ha debatido es el de los Secretarios de Estado. Su inclusión o no como miembros del gobierno es relevante por lo que respecta a los efectos del artículo 110 constitucional de España, en cuanto a comparecencias, y el 111 por lo que respecta a interpretaciones y preguntas.

Otro aspecto importante es el de derecho que la constitución atribuye a los miembros del gobierno para asistir y hacerse oír en las sesiones de las cámaras y de sus comisiones. De ahí resulta una relación sistemática que por un lado, permite a los ministros influir en el desarrollo de los debates parlamentarios y por otra parte permite que los representantes hagan presentes sus puntos de vista ante los miembros del gobierno.

Estas disposiciones tienen un efecto inmediato en los procesos de control entre los órganos ejecutivos y legislativos del poder con dos importantes ventajas para el control de la gestión de los negocios públicos: una, que los dirigentes políticos que desempeñan funciones de gobierno deben de desarrollar destrezas suficientes para estar en cercana

comunicación con los representantes populares y mantener con ellos un debate continuo.

10.7 Comisiones

La Constitución de 1978 es la primera en España, al decir de García Mahamut¹⁹ que reconoce expresamente la posibilidad de integrar comisiones de investigación. El artículo 76 de la Constitución tiene posibilidades de amplio desarrollo interpretativo. Conforme a ese precepto, ambas cámaras de las Cortes pueden nombrar comisiones de investigación, o bien lo pueden hacer conjuntamente sobre asuntos de interés público. Los resultados de trabajo de esas comisiones no son vinculantes para los tribunales ni, por lo mismo, afectan a las resoluciones judiciales, pero si son comunicados al Ministerio Fiscal para que éste, cuando sea procedente, ejercite las acciones que correspondan.

El punto más debatido, en este caso en el Senado, se refirió al ejercicio de la acción correspondiente al Ministerio Fiscal. Aunque con matices diferentes, hubo coincidencia en este aspecto entre los Senadores Luis Sánchez Agesta, Luis María Xiriancs Damiáns y Manuel Villar Arregui.

Se resolvió que el Ministerio Fiscal ejercerá, “cuando proceda, las acciones oportunas” de acuerdo con los resultados de las investigaciones practicadas por las comisiones. Lo que se pasó por alto fue la posible interpretación *a sensu contrario* del precepto. Si bien el texto es claro en cuanto a que las resoluciones no tienen fuerza vinculante para los tribunales- y en este caso se están completando posibles responsabilidades penales o civiles- ni para el Ministerio Fiscal – y en este caso las implicaciones son de naturaleza penal- podría inferirse que las resoluciones de las cámaras si son vinculantes para el gobierno, en términos administrativos.

Las cuestiones políticas, desde luego, tienen otro tratamiento como se verá más adelante. Pero en materia administrativa la Constitución no hizo reserva en cuanto a los efectos vinculantes de las resoluciones de las comisiones. Esto abre una amplia posibilidad de influir en un aspecto muy importante de la actividad gubernamental, sin que la Constitución se vea deformada.

10.8 Facultad Reglamentaria

¹⁹ GARCÍA, MAHAMUT, Rosario, Las comisiones parlamentarias de investigación en el derecho constitucional español, editora Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, p.146.

En ambas constituciones España y México aparece la facultad reglamentaria como una gran forma de control al poder, en particular al poder legislativo. Ciertamente este tiene la facultad de dictar leyes pero corresponde al poder ejecutivo, en cuanto a su aplicación, explicar a detalle la forma de aplicación de las mismas.

Siguiendo a Muñoz Machado en este tema, la proposición según la cual la reserva de ley es una técnica constitucional que, al atribuir el poder legislativo la regulación de determinadas materias, impide que los reglamentos administrativos puedan decidir sobre las mismas y, especialmente, regular o intervenir sobre la propiedad y la libertad de los ciudadanos, es, en la actualidad manifiestamente inexacta por incompleta, por más que sea la explicación de la reserva de ley más frecuentemente utilizada todavía en las exposiciones doctrinales. Es más adecuado analizar la reserva de ley, como una noción evolutiva del control, vinculada inicialmente al aseguramiento de la separación de poderes y a garantizar los derechos de los ciudadanos pero que ulteriormente, en el avance del constitucionalismo ha ampliado su significado institucional. Se refiere actualmente ésta, no sólo a la garantía de los derechos, sino a la imposición de límites al legislador y a la exigencia de que las leyes adopten las decisiones esenciales en todas las materias en que intervienen los poderes públicos.

La primacía de la ley le permite intervenir en cualquier materia, pero basta aproximarse a la declaración de derechos de 1789 para apreciar que la implantación del reino de la ley, persigue, antes de cualquier otro objetivo, la protección de la libertad y la propiedad

Por ello afirmamos que el reglamento, es una norma, que para llegar a ocupar la importante posición que actualmente tiene en todos los ordenamientos administrativos del mundo, ha debido superar su aparente contradicción con el principio de separación de poderes, que es una base esencial de todos los sistemas constitucionales, y que parecen imponer la atribución exclusiva al Congreso o Parlamento del poder de dictar leyes.

10.9 Estados Extraordinarios

Los Estados extraordinarios (alarma, excepción y sitio) tiene dos implicaciones: una, material, relativa al alcance de las facultades atribuidas

al gobierno y a su ejercicio; otra, formal, relacionada con los mecanismos de control que el Parlamento desempeña.

Como recursos extremos, los estados de alarma, excepción o sitios, que genéricamente podemos denominar como extraordinarios, sólo pueden ser declarados cuando se producen las hipótesis legalmente previstas, y se ajustan lo más ceñidamente posible al tipo normativo. Es incuestionable que en esta materia exista siempre un margen interpretativo más o menos amplio. Por la gravedad que implica adoptar medidas restrictivas de las libertades individuales y públicas, la ley es todo lo prolija que puede serlo para definir las circunstancias en que es posible implantar esos estados, y la Constitución acentúa los niveles de control que en cada caso proceden.

La disposición constitucional más relevante concierne a la subsistencia del principio de responsabilidad gubernamental durante los periodos en que rija cualquiera de los estados extraordinarios (artículo 116.6) en cuanto a la intervención parlamentaria, que presenta una forma de control de la acción gubernamental, se intensifica de acuerdo con la gravedad, misma de los hechos y de las decisiones que se requiera adoptar. El estado de alarma es decretado por el gobierno, dando cuenta al Congreso., pero después de 15 días sólo puede ser prorrogado con autorización de los diputados; el estado de excepción también es decretado por el gobierno, pero requiere de la autorización previa del Congreso; el estado de sitio puede ser declarado por la mayoría absoluta de los diputados, “a propuesta exclusiva del gobierno” (artículo 116. 2, 3,4)

En México, el artículo 29 establece y regula los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o una emergencia de salud que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto; esta facultad se le otorga al Poder Ejecutivo por un tiempo limitado, con la información correspondiente al Congreso para su aprobación o rechazo.

10.10 Cuestión de Confianza y Revocación de Mandato

La cuestión de confianza (artículos 112 y 114) es un recurso político utilizado para obtener apoyos o remontar objeciones para el desarrollo de un programa o de una política de gobierno español. También puede servir a los jefes de gobierno para prevenir una moción de censura. En tanto que la votación favorable al gobierno solo requiere de la mayoría simple de los diputados, resulta evidente que si esa mayoría está por la

confianza, no es viable que en una votación cercana se obtenga la mayoría absoluta para adoptar una moción de censura.

Originalmente se planeó que la mayoría requerida para tener la confianza del Congreso fuera absoluta. Al modificarse el proyecto en el senado y adoptarse el texto actual, se dejó un resquicio para conseguir la dimisión del gobierno, aunque no se tenga la mayoría absoluta ni se haya considerado al candidato para sustituir al presidente de gobierno.

En efecto, en tanto que la negativa confianza (por no haberse alcanzado la mayoría simple en la votación) obliga a la dimisión del gobierno, se puede producir el paradójico caso de que por esa vía y con menores formalidades que en el caso de la moción de censura, se produzcan los mismos efectos.

La posibilidad, desde luego es remota. Ningún gobierno promoverá una cuestión de confianza sin tener la certidumbre de lograrla, a menos que mediante ese procedimiento se quiere encontrar una salida a un clima político adverso, sin tener que llegar al supremo desgaste de hacer frente a una moción que prospere o que solo pueda ser salvada por márgenes tan estrechos que aun así la tarea de gobernar resulte muy dificultada. La cuestión de confianza, así, puede ser planteada como una dimisión con visos de elegancia política.

En México, se debate en estos tiempos la posibilidad de controlar al gobierno en su totalidad mediante una forma política llamada revocación de mandato, que no es otra cosa más que, mediante una reglamentación administrativa de cantidades de ciudadanos (3% del padrón total de ciudadanos) firmen o manifiesten su intención de revocar el mandato del poder ejecutivo.

10.11 Responsabilidad del Gobierno

El eje de las funciones de control en un sistema parlamentario, está en la responsabilidad del gobierno. Del reconocimiento de esa responsabilidad dependen dos aspectos centrales en cuanto al control, del gobierno: las mociones de censura y las cuestiones de confianza.

En el caso español la inestabilidad durante la vigencia de la constitución de 1931, y el doloroso desenlace que tuvo, llevaron a pensar que la conveniencia de un mecanismo que pusiera a los gobiernos a resguardo de incesantes embates destructivos. En este sentido, el acuerdo entre los constituyentes fue unánime. Así, los que defendieron la fórmula finalmente aceptada, como quienes propusieron otras opciones expresaron su

convicción de no introducir en la Constitución un instrumento de censura cuya utilización irresponsable deteriore las posibilidades de un gobierno funcional.

10.12 Presupuesto

Incluir la aprobación del presupuesto entre los instrumentos de controles, es un tema polémico. La doctrina apunta en direcciones opuestas, unos considerando y otros excluyendo la tramitación del presupuesto del ámbito de los controles. Es evidente que el presupuesto por sí mismo no representa una modalidad de control político. Considerado por su naturaleza intrínseca, el presupuesto tiene una doble significación: es un conjunto de reglas de ingreso y gasto, y es un monto de recursos procedentes de distintos orígenes y asignados a diferentes programas. Visto así, en su dimensión técnica, el presupuesto es irrelevante desde la perspectiva de los controles.

Pero más allá de las notas técnicas del presupuesto, las previsiones del ingreso y las decisiones de cómo gastarlo suponen un criterio estrictamente político. Los instrumentos recaudatorios y la forma de aplicar los recursos son capítulos de la política de distribución de la riqueza y de bienestar social, que según se entregue o no a los ciudadanos mediante cierto beneficios sociales entonces, éstos, respaldarán o no, mediante su voto a sus futuros gobernantes.

11 Conclusiones

PRIMERA. Ciertamente el Poder es uno de los elementos del Estado que mayor dificultad ofrece al Derecho para poderlo atrapar de manera concreta y detallada. Los restantes pueblo y territorio, ofrecen menos resistencias a la ciencia jurídica.

SEGUNDA. En la doctrina, el Poder se presenta como un elemento incontrolable del Estado, pues al Estado le corresponde – y no le resulta agradable – controlarse así mismo por medio del Derecho. Es ya clásica la metáfora de Tomás Hobbes sobre el Estado al considerarlo como el Leviatán o gran monstruo bíblico.

TERCERA. Desde la declaración francesa de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 se ha establecido el primer control: “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni

determinada la división de poderes no tiene Constitución”. Así, la garantía de los derechos y la división de poderes aparecen como el primer control al poder.

CUARTA. El control administrativo del Poder, tomando en cuenta sus constituciones, se puede dar en los siguientes controles: 1. Iniciativa; 2. Sanción; 3. Referéndum; 4. Periodos de sesiones; 5. Información; 6. Comparecencias; 7. Comisiones; 8. Facultad reglamentaria; 9. Estados extraordinarios (alarma, excepción y sitio); 10. Cuestión de confianza; y revocación de mandato; 11. Responsabilidad del gobierno y; 12. Presupuesto.

QUINTA. Son fines del control administrativo del Poder: el ejercicio de la libertad, la eficacia de la legalidad y un buen gobierno para el ciudadano.

Bibliografía

- CALDERÓN, de la Barca, Pedro, La vida es sueño, Salvat editores, acto segundo: Basilio, Clotaldo, Clarín y Segismundo.
- FIX , Zamudio, Héctor - Valencia Carmona Salvador, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, editorial Porrúa, México, 2001.
- GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, editorial Thomson Reuters, Navarra- España, 2011.
- GARCÍA, MAHAMUT, Rosario, Las comisiones parlamentarias de investigación en el derecho constitucional español, editora Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- HÁBERLE, Peter, El Estado Constitucional, UNAM, México, 2001.
- HAMILTON, A. J. Madison y J. Jay, El Federalista, F. C.E. Editorial México, 2001, capítulo LXXVIII..
- HELLER, Hermann, La soberanía, UNAM, México, 1965.
- HOBBS, Tomás, Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil, F.C.E., México, 2001, Cap. X.
- Isaías:27:1;Job:41:1,9;Salmos: 74:14; 104:26.
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, Tomo 1, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- MUÑOZ, Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, editorial Iustel, España, 2011, Tomo 2.

SCHMITT, Karl, Teoría de la constitución, Editora Nacional, México, 1961.

VALADÉS , Diego, El Control del Poder, Editorial Porrúa - UNAM, México, 2000.

Nociones Básicas en el Control de la Administración

Marco Aurelio González Maldonado*

Las diferentes potestades públicas se encuentran entremezcladas en los diferentes órganos estatales, dado que, si bien la división del poder hace referencia a la protección de las libertades individuales de los ciudadanos, en el entendido de que la concentración en una persona conduce al absolutismo e impide la libertad, otra de la finalidad de la separación de ese ejercicio soberano es el de recíproco control y colaboración entre las diversas entidades públicas. En tal sentido, conviene explicar el cambio evolutivo del concepto “división de poderes” desde una perspectiva material (separación en razón de la competencia exclusiva y excluyente de cada Poder del Estado) a una perspectiva formal (separación y entrelazamiento de funciones, colaboración y recíproco control entre los diferentes órganos públicos), para entender que el ejercicio de las potestades constituye una realidad diseminada por todos lados y para encontrar una respuesta adecuada, primero hay que comprenderla en su real dimensión.

1 División de Poderes

Debemos referir que el concepto de división de poderes (o principio constitucional, como se lo caracteriza desde el año 1789)¹ responde a la idea de un reparto de atribuciones o separación de las potestades de los poderes u órganos constituidos en los Estados.

Cabe resaltar que, si bien ya Aristóteles distinguía tres operaciones en la actividad estatal (la deliberación, el mando y la justicia), el citado

* Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, Profesor de Derecho administrativo en la Universidad Nacional de Asunción, Gerente de la Unidad Jurídica del Banco Central del Paraguay.

1 Art. 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789): “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

autor solo pretende distinguir las diversas formas de actividad de los órganos estatales y no pensaba en un reparto de las referidas funciones, pues no se muestra contrario a que una misma persona ostente al mismo tiempo todas esas atribuciones.²

Fue Locke el primero en destacar las bondades de la separación de poderes, distinguiendo cuatro potestades: el legislativo como poder preponderante; el ejecutivo como subordinado al legislativo; el federativo como encargado de las relaciones internacionales; y la prerrogativa como conjunto de potestades del monarca inglés. Si bien recomienda la separación de funciones, no llega a establecer tajantemente la necesidad de dicha división, al punto que no se extraña ante la acumulación de todas las funciones en manos del monarca.³

Recién con Montesquieu (siglo XVIII) encontramos una verdadera teoría acerca de la división de poderes. En efecto, fue él quien formuló la idea de la separación cuando prevé la existencia de tres poderes diferentes en manos, a la vez, de personas distintas; la cual llega a enunciar en forma de principio general y principal para la Constitución de cada Estado (no refiriéndose a ninguno en particular, sino a un Estado ideal). Para Montesquieu, la única manera de limitar el poder es repartiendo el ejercicio del poder en tres órganos distintos para una separación material de dicho ejercicio, de modo que cada Poder tenga delimitado su campo de acción. Tal limitación es una respuesta al quebranto de la época por el constante uso abusivo de un poder de por sí ya bastante amplio. Al respecto, el mencionado autor sostiene que “...nos ha enseñado una experiencia eterna, que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada”,⁴ con lo cual muestra su desconfianza en la administración humana y construye su esperanza en el reparto de atribuciones, para evitar así la concentración y omnipotencia en el manejo del poder público.

De tal modo se plantea que, “al multiplicar las autoridades públicas y al repartir entre ellas los diversos atributos de la soberanía, tenga por objeto limitar respectivamente la potestad de cada una de ellas por la potestad de las autoridades vecinas, de tal modo que ninguna de ellas

2 Cfr. Aristóteles, *La Política*, Época, México, 2005, pp. 217 a 221.

3 Cfr. John LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1ª ed., segunda reimpresión, Trad. Carlos Mellizo, Alianza, España, 2003.

4 MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, 6ª ed., Trad. Nicolás ESTEVANEZ, Heliasta, Argentina, 1984, p. 186 (Libro XI Capítulo IV).

pueda llegar jamás a una potestad excesiva”.⁵ Además de la división de competencias y la especialización de funciones, precisa que los titulares de los tres poderes sean independientes e iguales entre sí, sin que ninguno de ellos sea superior o pueda adquirir dicha superioridad, pues en caso contrario se concluye que se cederá paso a la omnipotencia.

Es clara la idea que se pretendió con ese planteamiento, teniendo en cuenta la época y circunstancias en las que surge,⁶ pues se buscaba frenar las arbitrariedades que eran cometidas por los monarcas, quienes no estaban sujetos más que a la voluntad de ellos mismos. Por eso, la teoría de la división de poderes busca (en el análisis a la obra de Montesquieu):⁷ a) Proteger la libertad y seguridad de los individuos; b) Evitar la tiranía; y c) Distribuir el trabajo para hacerlo más eficiente. Estas ideas fueron las que motivaron la incursión del principio referido en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Este proceso de lucha por la libertad forma parte de un proceso más amplio al que se ha denominado “Transición Jurídica del Estado Absolutista al Estado de Derecho” y que consistió, básicamente, en la ya mencionada idea de libertad, así como en la seguridad jurídica, la sujeción de la administración a la ley y la presencia de jueces aplicadores mecánicos de las normas. En Francia tomó el nombre de principio de legalidad y en Inglaterra el de Rule of law.⁸

El mérito de tal formulación, en la época que nace, es de gran valor para el consecuente desarrollo del principio de la división de poderes, pues solamente a partir de la existencia de tres órganos distintos con funciones diferentes es que se pueden ir realizando los ajustes pertinentes para el mejor funcionamiento del Estado. Pretender que todo debió ser previsto por Montesquieu es exigir demasiado,⁹ aunque hay que tener en cuenta que fue él quien propuso la limitación del poder por medio del reparto y separación de funciones. Es así como surge la idea

5 R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, 2ª ed. en español, Trad. José LIÓN DEPETRE, Fondo de Cultura Económica y Facultad de Derecho UNAM, México, 1998, p. 744.

6 Ningún análisis puede realizarse sin tener en cuenta el contexto histórico de las cosas, pues dicho contexto va a determinar siempre el sentido que muchas veces escapa a un análisis doctrinario.

7 MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, *Op. Cit.*

8 Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6ª ed., Trotta, España, 2005, capítulo II.

9 Pues una interpretación restrictiva de la tesis de Montesquieu nos llevaría a afirmar que el Poder Ejecutivo no podría crear normas de carácter general, o que el Poder Judicial no puede ejercer funciones administrativas; así como implicaciones semejantes a partir de la interdefinibilidad de los operadores deónticos presupuestos.

de coordinación y recíproco control, en donde no existe supremacía de ningún órgano sobre los demás, sino que se da un reparto de tareas, a partir de lo cual cada uno se limita y contrarresta mutuamente, a la vez que exige una coordinación de actividades en beneficio de la nación.

Coordinación y recíproco control se da, en efecto, al cumplir el ejecutivo las leyes del parlamento, leyes donde el ejecutivo tiene la facultad de iniciativa y veto (pero quien las elabora es el Poder Legislativo), ambos actos a la vez son sujetos de control por el poder judicial, cuyos miembros pueden ser sometidos a juicio político por el legislativo (juicio que puede alcanzar al ejecutivo); así como se da en diversas actividades del actuar administrativo de cada institución.¹⁰

Resulta dable hacer hincapié en que la soberanía radica en el pueblo, por ser éste quien otorga las potestades públicas a ser cumplidas en beneficio y para convivencia de la comunidad que se haya circunscripta a un área y tiempo determinados. Y el poder del Estado es uno sólo, el que es entregado por el pueblo en la Constituyente. Entonces, hay un solo poder leyes” Derecho UNAM, MR.L., Argentina 1984. investido de autoridad abusa de ella. exista, es necesario un gobierno t y las diversas manifestaciones que son su consecuencia (actuar de los llamados poderes ejecutivo, legislativo y judicial) concurren siempre a un fin único: el cumplimiento de esa voluntad única e indivisible plasmada en la Constitución. Por dicho motivo es que no hay que confundir el nombre del principio aquí analizado, sino comprenderlo como un concepto que pretende significar una forma de organización del Estado moderno a partir de un reparto de funciones con controles recíprocos y tareas mancomunadas para llevar adelante, de la mejor manera posible, la administración del Estado, asegurando la libertad y evitando la arbitrariedad.

Para partir de una base sólida, corresponde hacer referencia a que el poder del Estado es uno solo. Los que se dividen son los órganos que ejercen ese poder y las funciones que se les atribuyen. Por ello, el poder del estado es único e indivisible, pero la actividad de ese poder se realiza mediante diversos órganos a los que se confían diferentes funciones.¹¹

10 “La división de funciones entre órganos independientes, cuyas facultades sean diversas y sin embargo complementarias para lograr el funcionamiento y continuidad del Estado, es el sistema idóneo para evitar la concentración y abuso de poder”. Carla HUERTA OCHOA, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, UNAM, México, 2001, p. 78.

11 “El supuesto actualmente es que el poder político no es personalizado, sino que pertenece al Estado, y los individuos sólo lo ejercen en virtud del cargo que desempeñan, pues es a los órganos del Estado a quienes la Constitución dota de competencia”. Carla HUERTA OCHOA, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Op. Cit., p. 79.

Ahora, una división de poderes en el sentido formal, esto es, pretendiendo que el legislativo sólo se encargue de elaborar leyes, el ejecutivo de ejecutarlas y administrar, y el judicial de juzgar, es una concepción desfasada en el tiempo. Hoy día hay que entender el reparto de funciones conforme con la dinámica constitucional propia de cada Estado, la cual prevé tareas que materialmente pueden corresponder a otros órganos (en la vieja concepción de separación de funciones, antes señalada y propia de la Edad Moderna). Así, el ejecutivo, a más de su tarea de administrar, posee la facultad de juzgar (en los sumarios y recursos administrativos) y de legislar (en la elaboración de reglamentos); el legislativo tiene la facultad de juzgar (en el juicio político) y éste con el judicial tienen la potestad de administrar (ordenando gastos, administrando recursos humanos, etc.). Y más que nada, habrá que entenderlo conforme con la finalidad racional (característica de la época en que vivió Montesquieu – Modernidad) del concepto “separación de poderes”, cual es el asegurar los derechos individuales, de manera tal a garantizar la vigencia de la libertad.¹²

De lo anteriormente expuesto, el concepto “División de Poderes” debe ser interpretado bajo la luz de la realidad actual y de los principios que la delimitan, todo lo cual se halla plasmado en la Constitución Nacional propia de cada país. En ese sentido, lo que garantiza dicho principio es que de ninguna manera todas las funciones estatales podrán ser ejercidas por una sola persona. Pero, que quede garantizada la igualdad de poderes para los diferentes órganos o la supremacía de un órgano sobre otros, dependerá, indefectiblemente, de la estructura institucional propia de cada país, reflejada en las Cartas Magnas y de la “cultura constitucional” de los mismos.¹³ En dicho sentido, vemos que en Francia y Alemania, siguiendo la doctrina de la separación de funciones, se da una evidente supremacía parlamentaria, en tanto que en los países latinoamericanos, con base en el mismo principio, se da un cierto equilibrio con preeminencia presidencial.

Pero, es de notar que, ni tan siquiera dicha estructuración constitucional garantiza el cumplimiento real del pretendido equilibrio o supremacía entre los diversos órganos del Estado (en el campo fáctico). Esto se da en razón de que la teoría y los principios son distorsionados por

12 Al respecto, véase Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, España, 1999, pp. 154 a 157.

13 La “cultura constitucional” es la particular forma que cada sociedad construye su realidad, sobre la base de ciertos valores imperantes, los que cambian con el tiempo.

las realidades nacionales, ya que en la práctica se torna muy confuso y cambiante el panorama constitucional; al momento en que la ejecución de los preceptos deben ser desarrollados por los seres humanos, quienes se encuentran inmersos en una lucha por la supremacía política (espacios de poder), la asociación entre norma y realidad no es tan simétrica, sino que varía en función del escenario político.¹⁴

Así, por ejemplo, el artículo 3 de la Constitución Nacional paraguaya establece lo siguiente:

“Del Poder Público. El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. La dictadura está fuera de la ley”.

Con ello está contemplando (o pretendiendo) un cierto equilibrio y paridad jerárquica entre los diferentes poderes.

No obstante, resulta que el pretendido equilibrio no es tal, debido a las circunstancias sociales y políticas¹⁵. Esto acontece por cuanto que los nombramientos de funcionarios públicos son realizados por el Poder Ejecutivo, nombramientos que muchas veces son intercambiados por favores en el Congreso (aprobación de leyes propuestas), con lo que el ejecutivo, ejerciendo una potestad constitucional, es capaz de someter a miembros del parlamento para conseguir mayoría para la aprobación de temas de su interés. Otro punto importante es que, debido a la cultura político-partidaria del Paraguay, los legisladores del mismo partido del Presidente de la República se ven muchas veces forzados a apoyar las iniciativas presidenciales y no pueden tomar una actitud firme de control y supervisión, mas ocurre lo contrario, pues para no recibir ninguna sanción partidaria y no dañar la carrera política deben seguir las instrucciones del partido político de pertenencia. Idéntica situación se

14 “La democracia constitucional es una construcción jurídica y a la vez una construcción política y social, confiada por un lado a la elaboración y a la proyección teóricas y, por otro, a la práctica política y a las luchas sociales. Al igual que el derecho, que es el lenguaje en el que pensamos las formas y las técnicas de garantía, la democracia constitucional es una construcción artificial de cuya proyección, defensa y garantía todos, como juristas y como ciudadanos, somos responsables”. Luigi FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Trotta, España (Madrid), 2008, p. 109.

15 Para aundar en este detalle, véase Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, Capítulo III, puede consultarse en <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8^aIII.pdf> (15 de mayo de 2006).

da con los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, quienes, luego de una terna, son nombrados por el ejecutivo con aprobación del Senado y deben ser confirmados cada 5 años, motivo que suele poner a los ministros en una situación de obediencia hacia los intereses de los dos órganos que los nombran, para así continuar en el cargo y no ser removidos o cesados en sus funciones.

Hasta aquí vimos que el ejecutivo tendría cierta supremacía sobre el legislativo y el judicial ante determinadas pretensiones, con lo cual se rompe el equilibrio pretendido por la Constitución Nacional. Pero, también se puede dar el caso en que sean los otros órganos quienes (en la práctica) se sobrepongan. Así, si los miembros de la Corte Suprema de Justicia no permiten influenciarse por otras personas ni autoridades (como debe ser) y dictan las resoluciones que crean adecuadas, dejando sin efecto (claro, a petición de parte) las leyes y reglamentos del legislativo y ejecutivo, respectivamente; se nota una evidente supremacía del Poder Judicial sobre los demás. También puede ocurrir que sea el Poder Legislativo el que, a través de las leyes imponga restricciones y obligaciones al ejecutivo, rechace las iniciativas de éste, interpele a los ministros y autoridades de aquél, a través del presupuesto lo coarte administrativamente, se oponga a dar el acuerdo constitucional correspondiente para el nombramiento de ministros de la corte y autoridades de entes; así como su facultad de enjuiciar “políticamente” al Presidente o a los Ministros de la Corte; se crea un clima donde se ha de cumplir su voluntad. Lógicamente que, para que esto último ocurra, se deben poner de acuerdo todos los miembros del parlamento (con integrantes de diferentes partidos políticos), o al menos la mayoría, pero es una posibilidad que se puede dar y que, de hecho, ante circunstancias específicas, se da; y con ello una supremacía manifiesta del legislativo por sobre los otros dos órganos en cuestión y, en muchos casos, impone su voluntad (algunas veces hasta inconstitucionales).

Todas esas circunstancias pueden darse, mas el camino a seguir lo marcará la coyuntura política y social, donde el más hábil de los poderes podrá sobreponerse a los otros, con lo cual el equilibrio establecido en la Constitución se puede ver alterado; así como de hecho puede mantenerse y funcionar. Pero lo que aquí se quiere hacer notar es que ni aún con reglas claras es posible asegurar un determinado comportamiento de los órganos públicos, llámense Poderes del Estado, ejercidos a través

de los agentes estatales (seres humanos).¹⁶ Por ello, también, dependerá de la voluntad política y ánimo democrático de la gente que llega al poder (legisladores, presidente o miembros del poder judicial) para mantener el mencionado equilibrio o no, aclarando que dicha voluntad debe ser colectiva y unificada.¹⁷

Es así como el término “división de poderes” no puede referirse a una división tajante en la *competencia* para ejercer el poder por los diferentes “Poderes del Estado”, basadas en materias exclusivas y excluyentes de cada uno de ellos, ni puede pretenderse que las reglas jurídicas van a determinar el grado de colaboración, coordinación y equilibrio entre los mismos, sino que el análisis debe partir del dinamismo de cada escenario político-social. En efecto, la diversidad de órganos estatales y la regulación de sus competencias no determinan de manera precisa la división del poder, éste se configura en un clima de pura negociación política.

En ese entendido, cabe recalcar que la actualidad está marcada por la existencia de dos formas de gobierno: el sistema presidencial y el sistema parlamentario, los que se diferencian por la relación e interacción existente entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En el sistema presidencial se da una separación rígida entre el legislativo y el ejecutivo; el poder ejecutivo lo ostenta un órgano unipersonal, titular al mismo tiempo de la jefatura del Estado;¹⁸ los mandatos son fijos y no alterables

16 “...al estudiar los asuntos humanos, a menudo y fácilmente se introducen (a veces inconscientemente) consideraciones normativas en un conjunto de proposiciones que intentaban ser puramente descriptivas. Dejando aparte la tan controvertida cuestión de si las proposiciones normativas pueden ser o no verificadas, al menos es cierto que no se pueden comprobar de la misma forma que las proposiciones descriptivas. Y, ciertamente, en el caso de que fuera posible la verificación de las proposiciones normativas, ello no implicaría capacidad para predecir. De este modo, la inclusión de elementos normativos en una generalización descriptiva la convierte en una proposición científicamente inaceptable...”. William H. RIKER, “Teoría de juegos y de las coaliciones políticas”, pp. 151-169, en G. ALMOND *et al.*, *Diez textos básicos de ciencia política*, tercera edición, Ariel, España (Barcelona), 2007, pp. 151-152.

17 Un estudio más profundo del tema, véase en Dieter NOHLEN, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, 2ª ed., primera reimpresión, UNAM – Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2005.

18 Cabe destacar que, el Jefe de Estado es la persona que representa a un país ante el resto del mundo. Por lo mismo, es quien participa, por sí o mediante delegados, en las reuniones y cumbres internacionales, nombra y recibe delegaciones diplomáticas, etc. En cambio, un jefe de gobierno es el responsable de la administración de un país, estado. Esta persona tiene generalmente un título, como Presidente, Primer Ministro, Premier o Canciller (dependiendo del país y del nombre que en el mismo se adopte). Asimismo, el jefe de gobierno recibe el nombre de ministro jefe (en inglés, Chief Minister) en algunos territorios de ultramar dependientes del Reino Unido, así como en India y Malasia y en los territorios de Australia.

El proceso de elección de los jefes de gobierno también varía en cada país. En un sistema presidencial, como en México, el jefe de Estado (el presidente) es también el jefe de gobierno, siendo la cabeza del poder ejecutivo del país. En un régimen parlamentario, en cambio, el jefe de gobierno (el primer ministro) depende del parlamento, y el jefe de Estado puede ser un presidente elegido popularmente o un monarca hereditario. En este último caso, normalmente es un rey, pero también puede ser un príncipe, como el caso de Mónaco, u ostentar otro título nobiliario. En un régimen

por una decisión del otro poder (salvo que el poder legislativo tenga facultades jurisdiccionales / *impeachment*); las relaciones están marcadas por el principio de independencia, aunque con mecanismos de coordinación (frenos y contrapesos – consentimiento de nombramientos presidenciales, comités de investigación); se da la incompatibilidad para el desempeño simultáneo de cargos en el poder ejecutivo y en el poder legislativo; no hay presencia del poder ejecutivo en la actividad parlamentaria: la función legislativa se inicia, desarrolla y culmina exclusivamente en el Congreso (sólo corresponde al presidente la iniciativa en materia de presupuesto y el veto suspensivo de las leyes). Por su parte, en el sistema parlamentario se da una separación atenuada entre el legislativo y el ejecutivo; aquí, el jefe de gobierno no está integrado, sino diferenciado, de la jefatura del Estado (recordando que el jefe de Estado no participa del ejercicio de las funciones ejecutivas); el poder ejecutivo depende de la confianza parlamentaria,¹⁹ la que puede ser retirada (exigencia de responsabilidad política). Esta posibilidad de derribar al gobierno se equilibra con la atribución a éste de la facultad de disolver

semiparlamentario, el jefe de gobierno (el primer ministro) depende del parlamento, y el jefe de Estado (el presidente) es elegido popularmente, como en Francia.

Ahora, las funciones del jefe de Estado varían de acuerdo a la forma de gobierno que establece la Constitución de cada país. Es decir, tiene competencias diferentes según el ordenamiento de cada Estado. En los casos que el cargo es electivo, por lo general, su legitimidad es equiparable al del jefe de gobierno y la constitución suele entregarle ciertas atribuciones o poderes. En los casos en los que el cargo no es electivo, éste suele ser simbólico (Reino de España o Reino Unido). Sus funciones son meramente representativas. Sin embargo, dado que finalmente es la Constitución la que asigna los poderes del cargo, existen otros países en los que el soberano mantiene una gran cantidad de poderes (Marruecos o ciertos países asiáticos). *Cfr.* Arend LIJPHART, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, España (Barcelona), 2010.

- 19 “Aquí cabe distinguir entre voto de confianza y la moción de censura, puesto que ambos embeben un proceder del parlamento, pero son, al menos teóricamente, diferentes. Así, la moción de censura es el procedimiento por el que un parlamento (poder legislativo) puede exigir la responsabilidad política al poder ejecutivo. Tiene gran importancia en los sistemas parlamentarios, en los que es el parlamento el que elige al Presidente del Gobierno, pudiendo a través de la moción de censura forzar su sustitución. En el derecho anglosajón existe un procedimiento similar llamado *impeachment*. La moción de censura parte de la oposición, normalmente ante un episodio de crisis política que haya provocado la pérdida del respaldo parlamentario mayoritario a la acción del gobierno. Se diferencian dos tipos de moción de censura: a) Moción de censura destructiva: es aquella que busca la caída del Presidente del Gobierno, sin tratar la forma de sustituirle y cubrir el vacío de poder. b) Moción de censura constructiva: el grupo del parlamento que eleva la moción de censura propone a su vez un nuevo Presidente del Gobierno, con un programa político propio. De esta forma, la elección no es solamente si se mantiene la confianza en el Presidente, sino si se le daría, en cambio, al que ha sido propuesto en la moción.

La cuestión del voto de confianza es esencialmente igual, en su contenido, a una moción de censura. Se solicita al parlamento que dictamine si el presidente del gobierno sigue teniendo o no su confianza y, por tanto, puede gobernar. El matiz es político: la cuestión del voto de confianza parte del propio presidente del gobierno y su fin es conseguir el sí del parlamento, normalmente ante alguna situación de crisis política que le haga necesitar ese respaldo. La moción de censura, por su parte, nace del Parlamento, normalmente de algún grupo de la oposición política y su finalidad es conseguir la retirada del apoyo al presidente. Dado que la finalidad de la moción de censura es censurar y hacer dimitir al presidente, sustituyéndolo por otro propuesto por la oposición, en ocasiones se exige que se proponga la alternativa, cosa que no se exige nunca en la cuestión de confianza”. Ídem.

anticipadamente el parlamento; las relaciones están marcadas por el principio de interdependencia e incluso de integración (para el cumplimiento de tareas conjuntas): el ejecutivo responde políticamente ante el parlamento, donde comparecen regularmente sus miembros para dar cuenta de la acción gubernamental; los miembros del gobierno (ministros, directores de entes u otros) pueden y suelen seleccionarse entre los integrantes del poder legislativo; el ejecutivo participa activamente en las funciones parlamentarias: tiene iniciativa legislativa, sus miembros asisten y toman la palabra en las sesiones del parlamento, es oído en el tratamiento de ciertos asuntos, etc.; la legitimidad democrática del sistema generalmente se centra en el Parlamento, sin embargo, en teoría, el Parlamento comparte la supremacía con otros órganos de distinta legitimidad, como es el caso del rey en una Monarquía o, de igual legitimidad, por ejemplo, con el presidente de una República parlamentaria; en cuanto a la función de orientación o dirección política, ésta necesariamente es compartida por el jefe de Estado, el gobierno y el Parlamento.

Esas actividades o funciones, a su vez, no están atribuidas a los diferentes órganos conforme a una distribución material de tareas (en la concepción clásica del principio aludido), sino más bien a consideraciones político-constitucionales de la máxima autoridad de cada Estado, la Convención Nacional Constituyente. Así:

“La división de poderes en Montesquieu obedeció a la necesidad de limitar el poder omnímodo de los reyes. Hoy (...) la teoría sigue manteniendo trascendencia, pero se extrae de ella sólo lo que importa: evitar la concentración de poder en manos de pocos centros dominantes”.²⁰

La esencia de la aparición de estos órganos es la transparencia reclamada en la asunción, por parte del Estado, de funciones tan importantes para el desarrollo de la actividad estatal y para ganar la confianza de la sociedad en sus gobernantes, buscando la transparencia en sus gestiones y la pluralidad democrática en su conformación. Es producto de que esto no se está cumpliendo el reclamo por parte de la sociedad para la efectivización de los fines buscados (equilibrar política y constitucionalmente los órganos de poder, con criterios técnicos y democráticos de actuación, independientes de los poderes tradicionales, partidos políticos y otros factores reales de poder). La causa

²⁰ Jaime CÁRDENAS GRACIA, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, UNAM, México, 2000, p. 243.

que ello origina no es más que la marcada composición política, pues vemos que los mecanismos de designación y representación están decisivamente influenciados por los partidos políticos (representados en el gobierno), lo cual genera un cuoteo político que desnaturaliza las instituciones.²¹

2 Administración Pública Centralizada y Descentralizada

Entendemos a la administración pública como una organización de factores humanos y materiales para la consecución de determinados fines. La administración pública²² tenderá a conseguir los fines consagrados al Estado a través de la Constitución Nacional y las leyes pertinentes. Para tal menester, organiza sus órganos encargados de ejecutar las políticas públicas, de tal manera que sus medidas sean eficaces y el resultado sea el deseado. A tal fin aspiran las leyes cuando se abocan a diseñar el marco operativo de sus instituciones, momento donde entran a tallar los conceptos de centralización y descentralización. En el presente apartado nos proponemos definir y caracterizar dichos conceptos, para una comprensión de las estructuras estatales. Ahora, cabe hacer una previa aclaración sobre tal menester y es que:

“La terminología, en la materia aquí expuesta es, además, muy variable; Herrnritt llamaba desconcentración a la descentralización burocrática, otros autores han considerado que se podía calificar como descentralización “funcional” (Girola), o “por servicios” (Eisenman) la institución de entes públicos nacionales”.²³

Hecha tal aclaración, nos dedicaremos a conceptualizar las instituciones tratadas con el intento de obtener la mayor objetividad y practicidad posibles.

21 En el mismo sentido y con un estudio profundo, véase *Íbidem*, pp. 243 y ss.

22 En lo que hace a este término, cabe advertir que la primera impresión que recibe del derecho administrativo es su asociación con la tarea desempeñada por el Poder Ejecutivo, por ser considerada la administración central del Estado. No obstante ello, cabe advertir que los demás poderes y órganos del Estado (Legislativo, Judicial y órganos extra-poderes) también administran la cosa pública, al propender la realización de tareas que intenten satisfacer los fines del Estado, establecidos en la Constitución Nacional y las leyes respectivas.

23 Massimo Severo GIANNINI, *Derecho Administrativo*, Colección ESTUDIOS, Ministerio para las Administraciones Públicas, España (Madrid), 1991, p. 291.

2.1 Administración Pública Centralizada

La centralización administrativa puede ser entendida como la forma de organización de la administración pública de manera tal que los órganos que pertenecen a ésta se estructuran jerárquicamente a partir del Presidente de la República, hasta el último funcionario administrativo, existiendo siempre un vínculo que los liga, para unificar las actuaciones, decisiones, el mando, la acción y la ejecución (implica una unidad de mando). Dicha concepción podría ser comprendida bajo la perspectiva del Poder Ejecutivo, donde el Presidente de la República es la máxima autoridad dentro de la administración pública y quien decide, en última instancia, las políticas públicas a ser ejecutadas por los diversos organismos administrativos. Ahora, entender la centralización en los tiempos modernos sería imposible, es comprensible sí en una monarquía, donde es el monarca o emperador quien decide todo en última instancia; pues desde que se ha consolidado la división de poderes vemos que las funciones del Estado son divididas a través de los poderes de éste y de los diversos organismos que lo conforman. Así, vemos que uno de los principios que fundamenta a una sociedad es que ninguna persona puede ocupar todos los poderes del Estado, es más, se prohíbe que una persona que forme parte de algún poder pueda ocupar una función dentro de otro poder (a no ser que se trate de un sistema parlamentario, donde, por ejemplo, un miembro del parlamento puede ejercer alguna función administrativa, pero nunca una función judicial, por ejemplo, con lo cual queda patente la imposibilidad de ejercer todas las funciones, es más, esa persona, por sí sola, no puede ejercer el poder legislativo, dado que éste es esencialmente plural y se encuentra regido por el sistema democrático).

Cabe distinguir aquí un Estado centralizado de un Estado unitario, este último es conocido como aquél país que mantiene la unidad territorial y no es dividido en diversos estados como ocurre en los Estados federales, como México, donde los diversos estados que lo conforman tienen a su vez sus propias Constituciones y reglamentaciones pertinentes; o como España, donde cada Comunidad Autónoma también tiene su estatuto y potestad legislativa sobre su territorio. Ahora, en el unitario también se da una cierta división territorial (pero a los efectos de descentralizar el ejercicio del poder de gobierno y hacer más fácil el acceso a las autoridades para los individuos), a cuyas fracciones se les puede

denominar departamentos, estados o provincias; pero con la diferencia que éstos se rigen por las disposiciones de los parlamentos nacionales y que si bien cuentan con juntas departamentales y municipales, éstas solo tienen atribución para reglar cuestiones menores como ser: tránsito, pavimentaciones y otras similares. Es así como en un Estado unitario existe un solo órgano legislativo del cual emanan disposiciones con el carácter de “ley”, debido a la unidad territorial; los demás organismos deliberativos sectoriales solo tienen fuerza normativa de reglamentación secundaria. En ese entendimiento tenemos que un Estado centralizado puede ser unitario o federativo. En América, sólo Argentina, Brasil, México y Estados Unidos son federados; aunque tal vez ello se deba a la gran extensión de sus territorios.

En la centralización administrativa tenemos que todo el poder de decisión y reglamentación parte de un centro, el cual elabora las pautas a ser seguidas por los funcionarios inferiores, quienes las deben acatar, sin serles permitidas una contravención a dichas disposiciones, lo cual favorece una unidad de dirección en el manejo institucional. Ahora, concentración administrativa no es lo mismo que centralización, aquél es un término utilizado para significar algo distinto. Así, existe concentración al establecerse el órgano en un solo espacio físico y desconcentración cuando se multiplica para prestar mejor servicio, cuando se desune “... en uno o varios centros o puntos lo que estaba concentrado”,²⁴ pero aquí cabe destacar que, existiendo centralización y desconcentración administrativas (al mismo tiempo), las decisiones y pautas son adoptadas siempre por una sola autoridad, quien reúne en sí todas las facultades de dirección política y administrativa. Los órganos desconcentrados son los que, dependiendo siempre de la autoridad central, tienen el lugar físico de su funcionamiento alejado de la sede principal; a los efectos de prestar los servicios de la administración central (sin perder la dependencia) para una mayor inmediatez en la prestación del servicio público, a favor de la sociedad.

En ese sentido, la centralización administrativa posee las siguientes características:²⁵ a) Poder de nombramiento. Discrecionalidad en la designación de los funcionarios o servidores públicos de las diversas dependencias a su cargo; b) Poder de remoción. Potestad de cesar en

24 José María QUIROGA DE ABARCA, *Centralización y descentralización administrativas y delegado del gobierno*, Dykinson, España (Madrid), 1994, p. 31.

25 Siguiendo los lineamientos elaborados por Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, en *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Porrúa, México, 2006, p. 280 y ss.

sus funciones a los mismos empleados públicos que ha nombrado para ejercer funciones, lo cual refuerza el primer carácter y acentúa su poder de dirección; c) Poder de mando. Es el poder superior de imponer sus determinaciones en la adopción de acciones, durante el ejercicio de la actividad propia; d) Poder de decisión. Es la facultad de decidir la opción que mejor le parezca, entre varias posibles; e) Poder de vigilancia. Es el control que realiza para verificar el estricto cumplimiento de sus decisiones, por parte de sus subordinados; f) Poder disciplinario. Es la facultad de castigar o sancionar por las acciones u omisiones incurridas por los funcionarios en detrimento de la administración pública y los lineamientos establecidos; g) Poder de revisión. Es la potestad que tiene la autoridad superior de poder revisar los actos de las autoridades inferiores, pudiendo aquélla ratificar, modificar, suspender o anular dichos actos; h) Poder para resolver conflictos de competencia. Aquí la autoridad superior decide quien de los inferiores es competente en el juzgamiento de cuestiones que son objeto de disputas en cuanto al conocimiento del asunto, en el caso que la política sea la de la desconcentración.

Desconcentrar es llevar los servicios y tomas de decisiones cerca de la gente afectada por las decisiones o beneficiada de los servicios estatales, es acercar las autoridades a la población; por oposición a la concentración, esto es, que los servicios y tomas de decisiones se hagan en un solo punto del país (por ejemplo, en la capital), por lo que, al momento de reclamar alguna deficiencia, los ciudadanos se tendrán que dirigir hasta ese punto o hasta la autoridad pertinente, no importando la distancia ni costos de tal experiencia.²⁶

2.2 Administración Pública Descentralizada

Es lo contrario a la centralización administrativa. La “autoridad” es dividida, generándose así diversas autoridades para la resolución de cuestiones que a cada una se le encomiende, con la potestad de adoptar medidas y trazar las estrategias a ser implementadas para el mejor cumplimiento de los fines públicos, ya no es una sola persona quien determina la dirección de la administración, las potestades públicas se

²⁶ Al respecto, véase Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*, tercera edición, Ediciones Ciudad Argentina, Argentina (Buenos Aires), 1994, p. 64: La función administrativa desconcentrada “Tiene lugar cuando la ley confiere regular y permanentemente atribuciones a órganos inferiores, dentro de la misma organización de una entidad pública. El órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y patrimonio propio”.

distribuyen entre varias personas (autoridades públicas) para evitar la concentración del poder de mando en una sola persona.

“Si la centralización burocrática supone que todas las decisiones importantes se tomen en el núcleo básico de la organización, frente a ella la descentralización supone un traspaso de funciones de una organización a otra”.²⁷

Esto dota de mayor dinamismo al actuar de la administración, evitando la burocracia que caracteriza al funcionamiento centralizado, pues el administrado se ahorra los pasos jerárquicos propios de este último. Surgen, más que nada, para la atención de servicios públicos especializados, a los efectos de una mayor efectividad y rapidez en la atención de los mismos; con lo cual gozan de autonomía en la toma de decisiones, lo que a su vez genera una mayor rapidez a la hora de brindar soluciones concretas a los reclamos ciudadanos.

Ahora, ello no conlleva una total independencia del poder central, antes bien implica una liberalización para la atención de determinados tipos de asuntos con total autonomía orgánica y de gestión, conservando el poder central facultades de vigilancia y control. Así, la descentralización “...consiste en atribuir mayores competencias (y recursos) a las Administraciones públicas de ámbito territorial más reducido y también a entidades administrativas especializadas”.²⁸ Pero el concepto *descentralización* no implica la medida ni el grado en que ella deba darse, el conjunto de potestades que se distribuyen es otorgado por las leyes de manera específica, por lo que para analizar el grado de descentralización habrá que remitirse al marco jurídico que envuelve a la institución descentralizada; observando el conjunto de potestades y la capacidad de mando que tenga el poder central sobre ella podemos determinar si en qué manera está o no subordinada su capacidad de decisión, entendiendo que puede haber diferentes grados o, lo que es lo mismo, la descentralización puede operarse en solo algunos o en todos los elementos que implican una descentralización. Los elementos que van a determinar un mayor o menor grado de descentralización son: autonomía normativa, autarquía presupuestaria y personalidad jurídica. La personalidad

27 José María QUIROGA DE ABARCA, *Centralización y descentralización administrativas y delegado del gobierno*, Op. Cit., p. 32.

28 Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, quinta edición, Tecnos, España (Madrid), 2009, p. 83.

jurídica, a su vez, se divide en capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, y capacidad procesal para intervenir por sí en juicios (como actor o demandado). Por ejemplo, el Banco Central del Paraguay reúne los tres elementos, por lo que se configura una descentralización (autonomía plena) y la Abogacía del Tesoro solo tiene capacidad para estar en juicio, mas no tiene autarquía ni autonomía normativa y depende jerárquicamente del Ministerio de Hacienda. Otro ejemplo es la Policía Nacional, que tiene autonomía normativa, pero no tiene autarquía ni capacidad procesal.

La descentralización constituye:

“...un sistema de articulación de organizaciones públicas para el cumplimiento de fines estatales que, en su aspecto estático, estriba en el carácter indispensable de la existencia de diferentes organizaciones y, en el aspecto dinámico, supone la riqueza de trasposos y transferencias de posibilidades de actuación en distintos sentidos y condiciones”.²⁹

2.2.1. Clasificación

En doctrina se distingue dos clasificaciones importantes de descentralización. La primera es la que incumbe a la descentralización política y a la descentralización administrativa. La política alude al reparto de las funciones más importantes dentro de un Estado, es la distribución de poderes establecida en la Constitución Nacional de cada país, donde se establece el conjunto de poderes principales que corresponderán y diferenciarán a cada poder del Estado y órgano extra-poder, sin dejar de tener en cuenta que la naturaleza de las funciones atribuidas pueden ser similares en algunos aspectos, mas no en cuanto a la tarea principal encomendada. Así, el poder ejecutivo tiene potestad para llevar adelante la administración general del país, el Congreso crea las leyes con alcance general, el poder judicial cuenta con potestad para dirimir las controversias, el Consejo de la Magistratura elabora las ternas, etc., pero todas las instituciones cuentan con potestades para administrar sus recursos. La descentralización política establece las bases organizativas de un país, el modo en que un Estado tendrá presencia funcional y territorial. La descentralización administrativa, en cambio, es aquella autorizada por ley, donde se prevé una

²⁹ José María QUIROGA DE ABARCA, *Centralización y descentralización administrativas y delegado del gobierno, Op. Cit.*, p. 23.

transferencia del poder de decisión de una autoridad a otra (por ejemplo, del presidente de la república al gobernador o del ministro de salud al director de un centro asistencial); claro está que esta transferencia no puede ir en contra de normas constitucionales, pero sucede que las propias constituciones permiten esta posibilidad al establecer que la descentralización constituye un principio sobre el cual se cimenta el andamiaje del Estado, por constituir la base de la democracia.³⁰ La descentralización política *constituye* una distribución primaria de poderes entre los principales órganos públicos, generalmente establecido en la Constitución Nacional; y la descentralización administrativa es la transferencia de un determinado poder de decisión, de una autoridad ya constituida por la descentralización política a otra autoridad en quien se delega ese poder de decisión determinado, donde el órgano o autoridad que recibe ese poder de decisión no deja de tener vínculos jerárquicos con la autoridad a la que se le releva del ejercicio directo de esa facultad; por ejemplo: la creación de una nueva secretaría de la presidencia de la república, misma a quien se le encomienda poderes de decisión sobre cierta materia, como podría ser el medio ambiente.

Así, a los efectos de entender el dinamismo de la descentralización administrativa, la doctrina realiza una segunda clasificación (entiéndase como sub-clasificación de la descentralización administrativa): *por servicio* (es el encargo de la atención de determinados servicios públicos especializados, que requieren mayor profesionalización y el fortalecimiento de la rápida gestión, es un servicio personalizado, con recursos propios y poder de decisión) y *por región o territorial* (es la división territorial del poder, para lo cual se instituyen organismos territoriales para la atención de las necesidades públicas de la zona, tal es el caso de las gobernaciones y municipios, con potestades de organización conforme a la mejor atención y solución de las necesidades de la población).³¹

2.2.2 Los Elementos Constitutivos de la Descentralización

Los caracteres de los organismos descentralizados son los siguientes:

30 Bien sabemos que la descentralización de poderes y funciones fue la primera consecuencia tras la caída de la monarquía, fue el motor de una búsqueda por destruir el antiguo régimen basado en la omnipotencia de las autoridades. De allí que los conceptos descentralización y democracia siempre estén asociados y sean inseparables.

31 Cfr. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo III, *Op. Cit.*, pp. 449 a 454.

“a) son creados por ley del Congreso o por decreto del presidente de la República; b) el orden jurídico les reconoce una personalidad jurídica propia, distinta del Estado; c) cuentan con patrimonio propio; d) gozan de autonomía jerárquica respecto al órgano central (autogobierno); e) realizan función administrativa, y f) existe un control o tutela por parte del Estado sobre su actuación”.³²

Como consecuencia de su regulación por ley tenemos que dicha descentralización puede adquirir diversos matices, lo cual será producto de la discusión y resolución del pluralismo propio del poder legislativo. Lo mismo puede decirse del decreto, el cual atenderá a la política y parecer del Ejecutivo. Ahora, lo que es característico y elemento esencial aquí es la autonomía (lo que implica una prescindencia de una total subordinación jerárquica) que se le otorga al organismo en cuestión, pues sin la existencia de ella muy difícilmente pueda hablarse de un órgano descentralizado; lo cual debe ir garantizado con la concesión de personalidad jurídica y patrimonio propios, para asegurar así la mentada autonomía. En la realidad ocurre que los mecanismos de control y vigilancia a veces conspiran contra dicha autonomía, desde las presiones que parten de los organismos encargados de tal control para adoptar posturas a través de leyes o ante la asignación presupuestaria, que es el pulmón que oxigena estos órganos. Es por ello que se da una coexistencia, aunque pareciera paradójica, entre ambas formas de organización administrativa en el andamiaje del poder público.³³ Es de esta manera como se dan las descentralizaciones en los campos políticos, económicos o administrativos, según la política de cada Estado.

Para entender esta realidad, conviene analizar los elementos constitutivos de una descentralización. Así, los elementos de la descentralización son: la personalidad jurídica, la autarquía administrativa y la autonomía normativa. En un gobierno centralizado esos tres elementos (potestades o capacidades) se encuentran reunidos en una sola persona, en una descentralización el centro del poder es desplazado hacia otras autoridades, con lo que las atribuciones (de personalidad jurídica, de autarquía administrativa y autonomía normativa) son compartidas por más de una autoridad; pero no en todos los casos se da de la misma

³² *Ibidem*, p. 451.

³³ En el mismo sentido se apunta y enseña Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, en *Derecho Administrativo y Administración Pública, Op. Cit.*, p. 485 y ss.

manera, el grado de descentralización dependerá de cuáles atribuciones delegue la ley, la intensidad y a qué efectos. Veamos.

La *personalidad jurídica* es la capacidad de un órgano para asumir derechos y obligaciones en nombre del organismo al que pertenece, tales como la compra-venta de bienes, el poder representar al ente en la firma de convenios, así como la capacidad de concurrir por sí ante las instancias judiciales en calidad de demandante o demandado (claro, siempre en representación del órgano). Ahora, estos atributos de personalidad no necesariamente deben estar reunidos para que pueda hablarse de descentralización de la personalidad jurídica, pues pueden ser otorgados solo en parte, como ocurre con la Abogacía del Tesoro del Paraguay,³⁴ quien solo cuenta con la potestad de ejercer la representación legal de la entidad ante los estrados judiciales en todo asunto que atañe a la discusión sobre tributos fiscales, mas no tiene la atribución de realizar actos del derecho privado. Un ejemplo de una atribución de personalidad completa la constituye el Banco Central del Paraguay, pues tiene competencia para demandar y ser demandado, realizar actos de compra-venta y para auto-representarse en cualquier negocio que le incumba. Si se conoce de un ente que tiene personalidad jurídica, lo primero que hay que preguntarse es ¿para qué? Y la respuesta vendrá dada por el ordenamiento jurídico; en cuanto no se mencionen las atribuciones de personalidad, no se puede presumir la posesión de la misma, ella debe venir claramente expresada en las disposiciones legales, por lo que en caso de ausencia de tales atribuciones, se entiende que los actos de representación son ejercidos por el poder central en todo cuanto callen las normas.³⁵

La *autarquía administrativa* consiste en la capacidad para que un órgano público administre sus propios recursos. Esto significa que el dinero recaudado es administrado por el ente que ha percibido el mismo, pero ello no quiere decir que esa entidad está exonerada del acatamiento a las normas presupuestales ni que el Ministerio de Hacienda deje de ser el fiscalizador y depositario final de los haberes no ejecutados. Toda institución pública está obligada a manejarse conforme con el Presupuesto Nacional y solo puede proceder a un pago cuando tenga la debida autorización presupuestaria. Ahora, debe tenerse en cuenta que la gran mayoría de las

³⁴ Dependiente del Ministerio de Hacienda de la República del Paraguay.

³⁵ Por virtud del principio rector del Derecho administrativo, el de legalidad: lo que no está permitido, está prohibido.

instituciones públicas está obligada a transferir a la entidad central (Ministerio de Hacienda) automáticamente todo el dinero que percibe y para realizar sus erogaciones debe tener acreditada la partida presupuestaria correspondiente, esto es, que Hacienda le haya transferido el dinero que requiere gastar. Cuando lo último ocurre es porque no hay autarquía administrativa, pues el organismo no está manejando sus propios recursos. Existe autarquía cuando el órgano público percibe dinero del público o de sus actividades y no las transfiere automáticamente a Hacienda, sino que lo puede ir gastando directamente conforme con el presupuesto. Aquí no hay esa cierta intermediación que sucede con los no autárquicos, lo que existe es una autonomía en el manejo de los recursos, sin que ello signifique carecer de controles y apego a las reglas y principios presupuestarios.

La *autonomía normativa* es la potestad para dictar disposiciones con alcance general, para dictar los llamados reglamentos; los cuales pueden ser internos, externos o de ejecución. Los reglamentos internos son aquellos que están destinados a los funcionarios de la institución pública y, en principio, solo a ellos pueden afectar.³⁶ La atribución para este tipo de potestad está implícita en el principio de autoridad, pues no puede concebirse una superioridad jerárquica si no se tiene el poder de mando sobre los subordinados. Por lo mismo, la legalidad de esta autonomía viene implícita en toda regla jurídica que prevea un ejercicio jerárquico de la función pública, como el Presupuesto Nacional donde se mencionan los cargos y la dependencia de los funcionarios a determinadas dependencias, lo mismo ocurre con el acto de designación de funciones donde se adscribe un funcionario a determinado engranaje organizativo. También están los reglamentos externos y son los que tienen un alcance general, tienen efecto *erga omnes*. Ahora, para tener la potestad de dictar disposiciones con alcance general se necesita una atribución normativa, dado que no puede presumirse esta delegación porque el ejercicio de este tipo de disposiciones, en principio, solo lo puede realizar el Congreso Nacional y solo él puede delegar de manera expresa una atribución semejante. Es por ello que a las potestades normativas con alcance general se las llama “cuasilegislativas”.³⁷

36 Aunque también se reconoce que puede afectar indirectamente a los ciudadanos. Por ejemplo, un reglamento interno que dispone el horario de los funcionarios afecta también a los ciudadanos que quieran tramitar algo en esa institución, pues ellos saben que tienen que adecuarse al horario o no serán atendidos.

37 Cabe significar que en doctrina también se hace una distinción entre reglamentos externos y reglamentos de ejecución, donde a los primeros se los diferencia porque la ley otorga, al organismo con capacidad reglamentaria, la facultad de crear nuevas normas de conducta. Tal sería el caso (en el

3 Los Controles a la Administración

No nos referiremos a las diferentes clasificaciones doctrinales existentes en la materia, sino tan solo a aquéllos que consideramos que en la práctica resultan más útiles para controlar el funcionamiento del andamiaje público.³⁸ Y en tal sentido cabe destacar, primeramente, que los controles, considerados orgánicamente, son de dos naturalezas: internos o externos, conforme serán tratados a continuación.

Órgano de control interno. A este lo definiremos como aquel organismo encargado de fiscalizar las actuaciones de una entidad pública, formando parte de la estructura orgánica de dicha entidad, con lo cual tenemos que el órgano fiscalizador se encuentra jerárquicamente dependiente de la entidad a la que pertenece. Podría ser un contrasentido, pero su papel es importantísimo desde el momento en que la propia entidad, según sea el caso, tiene la ocasión de ir controlando y ajustando su actividad a los parámetros legales y funcionales, más aún considerando que este organismo interno no excluye que los actos del órgano sean controlados, además, por un órgano externo; más bien surge como un mecanismo de autocontrol de los diversos órganos del Estado. Hemos definido al órgano interno como integrante de la misma entidad controlada por considerarlo más conveniente, conforme al nombre (órgano interno) y a la naturaleza misma de su función. Así, “Mediante este control, la administración pública conserva la posibilidad de corregir sus errores y revocar sus decisiones ilegales o inoportunas, antes de que éstas sean sometidas al control externo”,³⁹ así como prever la legalidad y razonabilidad de una posible decisión a través de la opinión de las unidades especializadas que se encuentran en cada entidad pública.

Paraguay) de la CONATEL, a quien la Ley Orgánica de dicho ente le otorga las más amplias facultades para regular el sector de telecomunicaciones, pudiendo en consecuencia dictar nuevas normas de conducta que deben ser acatadas por las entidades supervisadas. Por su parte, los reglamentos de ejecución son aquéllos que dicta el Presidente de la República por virtud de su potestad de *ejecución* de la ley, en aquéllos casos en los que los términos del texto legal necesitan un matiz de claridad o una oportuna metodología para su implementación, donde la nota característica es que no pueden crear nuevas normas de conductas; es decir, no pueden imponer más obligaciones que las establecidas en la ley, serían meros reglamentos interpretativos, aclarativos. Obviamos esta distinción (en el presente trabajo) porque ambos tienen igual alcance: general; están destinados a todos los habitantes.

38 Para una lectura acerca de las diversas clasificaciones de los controles a la administración pública, véase Daniel MÁRQUEZ, *Función jurídica de control de la administración pública*, UNAM, México, 2005, p. 15 y ss.

39 *Ibidem*, p. 34.

Ahora, cabe destacar que la configuración y organización de estos tipos de organismos pueden variar, conforme a la política legislativa adoptada por cada Estado; como acontece en México, donde, a nivel federal, tenemos que la Secretaría de la Función Pública es la encargada del control de todos los organismos dependientes del Poder Ejecutivo, cuenta con una oficina y determinados funcionarios propios en cada entidad administrativa; con lo cual, la mencionada secretaría de Estado es considerada un órgano interno de control y fiscalización;⁴⁰ cosa distinta a la que ocurre en el Paraguay, donde cada entidad administrativa configura su propio órgano interno al cual se le encarga la tarea de control y fiscalización de las funciones atinentes a esa entidad, sin que con ello se obstruyan controles por parte de otros órganos públicos (ya sean órganos extrapoderes o dependientes de cualquier poder del Estado) a los que denominaremos órganos externos.

Órgano de control externo. Es aquél que realiza las funciones de fiscalización y control de las actividades de una entidad pública a la que no pertenece ni orgánica ni jerárquicamente. Estos órganos controladores pueden pertenecer a cualquier otro órgano del Estado (incluso estar dentro de la estructura del mismo poder que el órgano controlado, como sucede cuando el Ministerio de Hacienda controla la ejecución presupuestaria de los otros órganos dependientes del Poder Ejecutivo) o pueden constituir un órgano constitucional autónomo (extrapoder). Son estos controles los que más confianza inspiran en el ámbito del derecho público, por ser realizados por personas ajenas a las actividades controladas, con lo cual se gana en objetividad e imparcialidad, lo que ha motivado y llevado, incluso, a la contratación de auditorías internacionales para el control de actividades que interesan a la población, de tal manera a garantizar el correcto uso de los bienes públicos.⁴¹ Ello es indicio de que se le debe dotar de mayor autonomía a los órganos de control; pues, en la medida en que estos estén más alejados de las influencias políticas, tendrán mayor confianza y credibilidad. Dicho sea esto por el constante juego de intereses entre los diversos actores políticos. En el Paraguay, por ejemplo, la Contraloría General de la República es ejercida por un representante

40 Íbidem, p. 113 y ss.

41 Máxime cuando se debe rendir cuentas de la gestión pública “naturalmente a la ciudadanía, al pueblo, a quienes tienen la titularidad de la soberanía y es a ellos, a través de quien tiene su representación nacional..”, conforme es expuesto en *El Órgano Superior de Fiscalización y sus Repercusiones Institucionales*, Gabriel GARCÍA COLORADO y Francisco PALOMINO ORTEGA (Coordinadores), Cámara de Diputados, México, 2000, p. 42.

del partido político de la oposición al gobierno central, con lo cual su independencia no es total; dejando a esta institución de vital importancia para transparentar la función pública, en ocasiones, a los designios de los intereses políticos en disputas y transacciones, lo cual no es su esencia, desnaturalizándolo en sus fines. Aunque, en realidad, hasta ahora no se ha encontrado una fórmula perfecta para combatir dicha influencia, en cualquier ámbito de que se trate.⁴² Pero sí debemos insistir, por lo menos hasta donde se pueda, en conferir carácter técnico a los órganos de control (para que sus planteamientos también sean técnicos) y propender a sustraerlos de un manejo político, asegurando la imparcialidad que debe reinar en ellos.

Otra clasificación considerada importante y que vale la pena mencionar es la que corresponde al ámbito temporal del control realizado. Así tenemos el control previo o *ex-ante*, el concomitante y el posterior o *ex-post*. El control previo es el realizado con anterioridad a la emisión del acto administrativo, es el llevado a cabo, por ejemplo, antes de la aprobación del presupuesto por parte de las comisiones del parlamento o el elaborado por las dependencias inferiores (jerárquicamente) y especializadas de la autoridad de que se trate. En este último caso tenemos un ejemplo en aquéllas dependencias técnicas donde el jefe cuenta con diversas áreas especializadas que se dividen las funciones conforme a la especialización respectiva (área jurídica, financiera, actuarial y otras, consonante con la naturaleza de las actividades y competencias); es allí donde el jefe tendrá que pedir dictamen o informe del área especializada en el reclamo o asunto a resolver, pues no puede pedirse a una sola persona la adquisición de conocimientos en diversos campos, muchos de ellos conceptualmente diferentes; así, por la naturaleza de sus funciones, el Poder Judicial es encabezado por un cuerpo de Abogados, quienes también resuelven, administrativamente, sobre cuestiones de ejecución presupuestaria, contables y otras para lo cual está asesorado de especialistas en dichas ramas, de manera a actuar correctamente. Este tipo de control es importante, pues muchas veces determina el sentido final de la disposición administrativa, aunque, en la mayoría de los casos, no son vinculantes a la decisión que vaya a tomarse; pero, no obstante ello, pintará un panorama más claro a la autoridad máxima del

42 Tanto es así que Bernardo BÁTIZ VÁZQUEZ llega a afirmar que: "un órgano independiente, por más técnico que sea, por más autonomía que quiera otorgársele, no dejará de ser proclive a dejarse influir, esto lo ha demostrado la historia de las instituciones en nuestro país (México)", en *Ibidem*, p. 47.

organismo correspondiente, para que ésta pueda orientarse y determinar la solución que satisfaga el interés general por los mejores medios posibles (eficiencia y eficacia).

El control concomitante es el realizado por el órgano contralor en el momento de la ejecución o desarrollo de la actividad administrativa. Así, conforme es desarrollada esta última, el encargado del control de dicha actividad va cumpliendo su labor contralora. En este caso se encuentra la Contraloría General de la República, quien puede auditar las partidas contables de las entidades públicas, para verificar que el Presupuesto sea cumplido y respetado en el transcurso de su ejecución; con lo que tenemos una situación en la que el control es realizado en el ínterin de una actividad continuada, que está sujeta a varios actos sucesivos.

Por lo que se refiere a los controles posteriores o ex-post, cabe señalar que ellos son los realizados una vez emitido el acto administrativo o concluido la serie de actos componentes de una actividad (en el caso de actos sucesivos). Así tenemos que ellos son controlados mediante la interposición de recursos por parte de los administrados o de oficio por la misma autoridad, pero consiste en la revisión (ya sea administrativa por la autoridad superior o jurisdiccional por la autoridad judicial) del acto emitido. Es aquí donde se presentan a la vez los problemas del límite a la discrecionalidad, pues no existen parámetros legales, uniformes y unívocos (los cuales tampoco han sido solucionado en la doctrina con un solo criterio) para distinguir un acto arbitrario de uno discrecional, teniendo que incluso, en la revisión del acto recurrido, el superior puede fallar de manera diferente, sin que el inferior haya incurrido en un acto arbitrario, por lo que habrá que verse cual es la justificación expuesta, pues, a primera vista, si un acto está bien fundado, motivado y razonado, se encuadraría dentro de los presupuestos de legalidad y legitimidad, encontrándonos con que siempre habría un margen de discrecionalidad, el cual, con un buen razonamiento, puede permitir que dos tesis contrapuestas no rebasen el límite discrecional para llegar al arbitrario.

También debe tenerse en cuenta que el carácter previo, concomitante o posterior del control depende del momento en que se realiza éste y no de la naturaleza del órgano encargado de practicarlo. Así, la Contraloría General de la República puede realizar su tarea al momento de la ejecución administrativa (concomitante) o bien con posterioridad a ella; también tenemos el caso donde a un órgano de control interno se

le puede pedir su parecer antes de la emisión del acto administrativo, como no es menos cierto que su función fiscalizadora la puede cumplir paralelamente a la ejecución presupuestaria, por ejemplo, o también realizarla con posterioridad.

Con lo referido hasta aquí tenemos que el control es un complemento de la división de poderes, para de esta manera coadyuvar en el buscado equilibrio entre los diversos órganos que conforman la Administración Pública (para el correcto funcionamiento del Estado); y, de esta manera, velar por el buen funcionamiento de las instituciones y el correcto uso de los bienes públicos, para así transparentar su gestión, ganando con ello prestigio y legitimidad en la sociedad; pues la confianza por parte del pueblo hacia sus gobernantes e instituciones otorga tranquilidad, estabilidad y legitima el papel que ellos desempeñan en el ejercicio de sus funciones. Es por eso que cada vez más se insiste en transparentar (difusión por medios públicos – prensa, Internet, etc.) la gestión gubernamental y el destino de los fondos públicos, así como el manejo de los bienes del mismo carácter.

Cosa similar ocurre con las decisiones administrativas (también con las decisiones judiciales y las leyes emitidas por los legisladores), pues en la medida en que son desatinadas, infundadas o improvisadas producen descontento en los gobernados; éstos cada día exigen más de sus gobernantes y ante la creciente manifestación social éstos pierden credibilidad y legitimidad; por lo que, cuanto menos, se precisa de disposiciones razonables que sean capaces de persuadir a la sociedad sobre la juridicidad de esos actos. Aquí nace otro requisito de los tiempos actuales, la comunicación que debe existir entre el pueblo y su gobierno, la cual debe ser constante y veraz para alcanzar la estabilidad y probidad antes mencionadas.⁴³ El pluralismo democrático exige cada vez más de sus instituciones y la confianza en la gestión es un objetivo que busca ser alcanzado hoy en día por los gobernantes; con tal fin se crean nuevas instituciones y se emplean mecanismos de fácil acceso a la información, lo que significa una mayor presencia de controles preventivos y concomitantes. Por lo mismo, el control también pretende ser un “*remedio para enfrentar la corrupción*”.⁴⁴

43 En el mismo sentido se pronuncia y explica Diego VALADÉS, *El control del Poder*, 2^a ed., Porrúa y UNAM, México, 2000, p. 419 y ss.

44 Daniel MÁRQUEZ, *Función Jurídica de control de la administración pública*, Ob. Cit., p. 48.

El Control de la Actividad Administrativa Determinado por el Principio de Legalidad

Ciro Nolberto Güechá Medina*

Introducción

La actividad administrativa dentro del Estado de derecho está estrictamente subordinada al principio de legalidad, en tal circunstancia, las autoridades públicas administrativas deben respeto a las regulaciones jurídicas normativas que son las que determinan sus actuaciones.

Desde la Revolución Francesa de 1789, la organización administrativa del Estado cambió, por cuanto el monarca y para lo que nos ocupa en la presente investigación, la Administración ocupa un lugar subordinado frente a la ley en sentido genérico, en la medida que las regulaciones jurídicas están dentro de la estructura de la organización del Estado, en una posición de superioridad.

Por tal razón, las decisiones de las autoridades que conforman la Administración, se alejan de criterios de discrecionalidad y se enmarcan en el acatamiento de las regulaciones jurídicas que en términos generales conforman el principio de legalidad, fundamentando de esta manera el control de la actividad administrativa, que es lo que se desarrolla en la presente investigación.

Significa entonces, que es pertinente plantear la siguiente problemática de investigación para ser desarrollada, así: ¿Cómo opera el control de la actividad administrativa, a partir del respeto del principio de legalidad en el ejercicio de función administrativa?

* Ph.D en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Ph.D. en Filosofía de la Universidad de Salamanca España, Ph.D. en Derecho Público Internacional de la Universidad Alfonso X de Madrid España, Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, profesor investigador del Doctorado en Derecho de la misma Universidad.

En tales circunstancias, para resolver el cuestionamiento planteado, se desarrollarán tres aspectos que se consideran importantes y que corresponden al principio de legalidad como fundamento del control de la actividad administrativa, la actuación administrativa y la aplicación de la ley, y finalmente, las sanciones administrativas por infracción del principio de legalidad en las actuaciones de la Administración.

1 El Principio de Legalidad como Fundamento del Control de la Actividad Administrativa

En este acápite haré un estudio general del principio de legalidad a partir de su noción y contenido del mismo.

1.1 Noción de Principio Legalidad

La noción de Principio de Legalidad constituye un aspecto de significativa relevancia, para determinar cómo opera en el control de la actividad administrativa, teniendo en cuenta que el desarrollo argumentativo del mismo ha tenido múltiples directrices dentro de la noción de Estado de Derecho.

En efecto, el Estado de Derecho ha determinado que las estructuras que lo conforman estén subordinadas a algún sistema normativo que regula y controla su actuación¹; llevando a que criterios de fuerza y arbitrariedad sean proscritos y remplazados por aquellos que se ajustan a la normatividad establecida para controlarlos²; lo anterior es así, que en las grandes transformaciones del Estado uno de los aspectos más relevantes ha sido la forma en que el derecho opera dentro del mismo, como ocurrió por ejemplo con la Revolución Francesa de 1789, en que el Estado monárquico autocrático, pasó a ser de orden popular y de una

1 Una de las mayores conquistas que se pueden identificar dentro del Estado, es la existencia de regulaciones normativas que subordinan las actividades que se desarrollan dentro del mismo.

2 DÍAZ, Elías. Curso de filosofía del derecho, Marcial Pons, Madrid, 1998, lo muestra en los siguientes términos: *"Para empezar habrá que señalar desde esta otra perspectiva más interna (estructural), que, además de la moral, la fuerza derivada de aquel poder es lo decisivo para el derecho: algo ya se ha hablado de ello asimismo en las páginas precedentes. Jurídicamente se puede obligar por la fuerza a que alguien respete, y que restaure y compense en caso de negación, los derechos y libertades de los demás: es la fuerza actuando para hacer valer el Derecho. Aparece, pues, como Derecho, es Derecho, aquel conjunto de normas cuyo cumplimiento puede hacerse efectivo incluso por la fuerza, aquellas normas que - en cuanto sistema- logran hacerse obedecer en un grupo social teniendo tras de sí la fuerza de la coacción-sanción formalizada e institucionalizada"*.

u otra forma nacional, y en que la inversión de la posición del derecho dentro de la forma de organización jerárquica, evidenció un cambio sustancial del Estado a partir de la supremacía del derecho en la conformación del mismo³, partiendo de la soberanía de la ley y no del monarca o gobernante⁴.

Cuando en la organización y estructuración del Estado se indica que el derecho debe subordinar todas las actividades que se desarrollan dentro del mismo⁵, implica que existen regulaciones que están determinando todas las funciones estatales, las cuales incluyen la actividad administrativa; regulaciones que no son más que la manifestación del Principio de Legalidad tanto en las actividades como en los poderes del Estado.

No puede ser otra la configuración del Principio de Legalidad en el Estado de Derecho, en el sentido que las funciones estatales y en tal medida la actividad administrativa, deben respeto y subordinación a una configuración normativa; de la misma manera es preciso determinar, cómo se muestra dicha supremacía y respecto a qué normatividad es que existe la subordinación, es decir, a qué corresponde el Principio de Legalidad y como se refleja en la actividad administrativa del Estado.

De tal forma, la noción de Principio de Legalidad se concreta en la existencia de regulaciones normativas que condicionan y subordinan la actividad administrativa, aunque no se limita a las actuaciones de Administración Pública como se hace en algunos casos⁶; de la misma manera

3 Es claro que en la Revolución Francesa, lo que sucedió fue una inversión de la estructura jurídica dentro del Estado, ya que el Rey y para este caso lo llamo la Administración, que poseía todas las prerrogativas y facultades de poder, es decir, hacía la ley, la aplicaba y resolvía conflictos; es sometido por la normatividad que se expide o crea por un órgano distinto a quien la aplica y decide los conflictos que se presentan dentro de las relaciones privadas y públicas.

4 CASAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, p. 147, quien muestra el gran cambio dado con la Revolución Francesa en cuanto a la supremacía de la ley frente a los poderes públicos y en tal medida al surgimiento de la soberanía legal. En efecto, el profesor Casagne dice: *"La Revolución Francesa no provocó, como efecto inmediato, la caída de la monarquía pero produjo un profundo cambio en las relaciones entre la Asamblea y el Rey que, de algún modo, vaticinaba el avance posterior del legislativo sobre las potestades del monarca, bastante menguadas luego del advenimiento al trono de Luis XVI..."*

Este cambio tuvo consecuencias trascendentes en las concepciones políticas que después se proyectaron en gran parte del mundo jurídico decimonónico. La primera fue la consagración de la soberanía de la ley como producto de los representantes del pueblo, concebida como la representación total..."

5 Para tener una aproximación más clara sobre lo que significa Estado y Estado de Derecho, ver: PALACIOS MEJÍA, Hugo. Introducción a la teoría del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 1980.

6 CASSAGNE, Juan Carlos. Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Editorial Reus, Madrid, 2016, p. 165, lo identifica de esta manera cuando expresa: *"En el modelo de Estado surgido de la Revolución francesa el Principio de Legalidad significaba, fundamentalmente, el monopolio atribuido al parlamento para el dictado de normas generales y obligatorias (legicentrismo) que implicaba, además, el sometimiento del ejecutivo a la ley"*.

que no se puede restringir a la ley en el criterio de acto expedido por el Parlamento sino en relación a normas jurídicas, es decir, obligatorias, que pueden ser dictadas por otros órganos del Poder Público y en tal razón, alguna doctrina en lugar de referirse al Principio de Legalidad lo denomina de juridicidad⁷.

1.2 Principio de Legalidad y Primacía de la Ley en la Actividad Administrativa

El Principio de Legalidad ha tenido múltiples configuraciones dentro del Estado de Derecho, partiendo de la estructuración simplemente jerárquica de la concepción Kelseniana, en que se expresa una pirámide normativa de respeto de normas de rango superior por aquellas que ostentan una posición inferior dentro de la mentada estructura⁸.

Así, las normas de rango constitucional tienen supremacía respecto de aquellas de carácter legal y estas frente a las de orden administrativo⁹; pero todas ellas sometiendo la actividad estatal y específicamente la actividad administrativa, representado en las autoridades del mismo orden que las desarrollan. En este caso, la jerarquía normativa es simplemente formal, ya que las de rango superior determinan a las de rango inferior, puesto que por regla general intervienen en su creación, es decir, en su producción, estableciendo requisitos para que lleguen a la vida jurídica¹⁰.

7 DUPUIS, Georges. Droit administratif, 9^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2004, p. 83, así lo denomina cuando indica: *"L'Administration, quelle que soit sa puissance, est soumise au droit, à tout le droit et non seulement aux lois votées par le Parlement. Les autorités administratives ne sauraient pas même violer leurs propres décisions : legem quam ipse facisti, selon l'adage. Tel est le principe de juridicité. Il signifie qu'il y a obligation d'agir conformément aux différents éléments de l'ordre juridique. Toute violation est une irrégularité susceptible, sous certaines conditions, d'être sanctionnée"*.

8 Es el clásico positivismo, en el cual el sistema de jerarquía de normas se evidencia en las que conforman el derecho en sentido de creación formal del mismo.

9 En la estructura piramidal Kelseniana, en la cúspide estará la Constitución, seguidamente la ley y finalmente el acto administrativo, con las debidas clasificaciones que doctrinariamente se ha hecho en cada caso; porque a manera de ejemplo, las leyes pueden ser de jerarquía distinta como ocurre en el sistema jurídico colombiano, en el cual las leyes ordinarias deben someterse a las leyes orgánicas en temas de presupuesto, ordenamiento territorial, reglamento del Congreso, por ejemplo. Respecto de los actos administrativos, existen unos de carácter general que determinan a otros de orden particular, como puede ser un acto que autorice una licencia urbanística, respecto del acto general plan de ordenamiento territorial, que establece en qué lugares es posible desarrollar determinadas obras.

10 GUASTINI, Ricardo. Derecho, Interpretación y Estado, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2014, p. 18, lo muestra así: *"Jerarquías estructurales o formales, es decir, referidas no al contenido de las normas, sino a la estructura del ordenamiento: son las que existen entre las normas sobre la producción jurídica (en sentido estricto) y las normas cuya producción está disciplinada por éstas. En otras palabras, dos normas, N1 y N2, mantienen entre ellas una relación jerárquica estructural o formal, cuando una de ellas es una norma que disciplina la producción de la otra."*

Cuando en un sistema jurídico se establecen trámites estrictos de formación normativa, se evidencia una estructura jerárquica piramidal que determina que el Principio de Legalidad se exprese en términos formales, como manifestación de la postura kelseniana del derecho creando derecho, es decir, la norma determinada por otra norma en cuanto a su producción; pero que en cualquier sentido ha de estar sometido a lo que Kelsen denomina norma fundamental, que para lo que nos ocupa la identificamos con aquella que determina la creación en una secuencia lógica de respeto de unas y otras, en este caso de las normas administrativas expedidas en ejercicio de función administrativa¹¹.

El sistema jurídico español es evidente la jerarquía normativa positiva formal, ya que la Constitución de 1978 lo prevé, cuando en el artículo noveno establece la garantía del Principio de Legalidad, lo cual implica el sometimiento a la ley de las actuaciones surtidas en ejercicio de la actividad administrativa¹²; y que referido al desarrollo del sometimiento formal de los poder público administrativo a la legalidad, se concreta en las regulaciones que hacen normas como la Ley de Procedimiento Administrativo en lo referente a la expedición de actos administrativos¹³.

Entonces, si N1 es una norma sobre la producción jurídica y N2 es una de las normas cuya producción es regulada por N1, diremos que N1 es estructural o formalmente superior a N2”.

11 KELSEN, Hans. ¿Qué es la teoría pura del derecho?, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2007, p. 20, muestra cómo la norma fundamental es la presuposición hipotética de todo conocimiento dentro de una construcción escalonada del ordenamiento jurídico; lo cual hace en los siguientes términos: *“Para la contestación de esta cuestión la teoría pura del derecho utiliza la idea de norma fundamental como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico. De ella se puede deducir la validez de las normas jurídicas pero no -como se ha sostenido erróneamente- el contenido de las mismas... la teoría pura del derecho investiga (lo que antes de ella no había sido investigado) la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción a la construcción escalonada del orden jurídico, concepción que es de fundamental importancia para el conocimiento esencial del derecho”.*

12 La Constitución Española de 1978 en el artículo noveno establece en este sentido lo siguiente: *“Artículo 9.*
 1. *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*
 2. *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.*
 3. *La Constitución garantiza 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”.*

13 La Ley 39 de 2015 sustituyó a la Ley 30 de 1992 como norma de régimen de procedimiento administrativo en España, contemplando de manera particular las formalidades, ritualidades y en general el debido proceso que ha de surtir en el ejercicio del Poder Público por las administraciones públicas, como consecuencia de la obligación de respeto al Principio de Legalidad y para tal fin en el artículo primero establece: *“Artículo 1. Objeto de la ley.*

1. *La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el*

En dicho evento, se mira el cumplimiento de las ritualidades establecidas en la norma superior para la expedición del acto, es decir, que el procedimiento de formación esté acorde con el debido proceso previamente establecido, lo cual determina el cumplimiento del Principio de Legalidad y la existencia de validez y eficacia de la actuación en ejercicio de actividad administrativa, sin tener en cuenta criterios sustanciales de contenido; en este caso, la legalidad se determina por la concordancia entre el ritualismo previamente establecido por una norma y el cumplimiento del mismo por parte de la autoridad pública administrativa que interviene en la actuación.

En efecto, dicho ejercicio implica que en los procedimientos de actuación por parte de las autoridades que ejercen Poder Público, se debe tener en cuenta los antecedentes normativos que determinan los actos proferidos en el ejercicio del mismo, como ocurre en las actuaciones administrativas por ejemplo, que para el caso colombiano ha de tenerse como referencia la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código del Procedimiento Administrativo y en el caso español, se tiene la Ley 39 de 2015, que constituye la regulación de procedimiento administrativo.

El Código de Procedimiento Administrativo en el sistema jurídico colombiano se encuentra consagrado en la parte primera de la Ley 1437 de 2011, la cual contiene todos los trámites que deben surtir las autoridades administrativas en los procedimientos que realizan¹⁴; criterio que es aplicado de forma similar por la Ley Española de Procedimiento Administrativo¹⁵ y que de no cumplirse puede dar lugar a la violación

sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria. 2. Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.

A pesar de que la norma antes transcrita hace referencia a los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, la misma se debe contextualizar desde un punto de vista formal, en la medida que las regulaciones aluden a los trámites para su formación, como se puede evidenciar de los contenidos del título II respecto de la actividad de las administraciones públicas.

- 14 La legislación colombiana prevé un procedimiento administrativo general previsto en el Código de Procedimiento Administrativo; sin embargo, en el caso de existir una norma expresa que regule un procedimiento determinado se debe aplicar la de carácter especial, como es el caso de asuntos disciplinarios o tributarios por ejemplo.
- 15 El artículo primero de la Ley 39 de 2015 lo expresa de la siguiente manera: “*Artículo 1. Objeto de la ley. 1. La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.*”

del Principio de Legalidad, configurándose una causal de nulidad de los actos expedidos que la propia norma mencionada consagra expresamente¹⁶. Pero el respeto por los procedimientos y ritualidades se observa no solamente en los trámites administrativos, ya que en el ejercicio de la Función Legislativa también han de cumplirse formalismos estrictos, que de no hacerse se puede incurrir en una violación de reglas constitucionales o legales de jerarquía superior que pueden llevar a la inexecutable o inconstitucionalidad de las mismas¹⁷.

1.3. La Jerarquía Normativa y el Respeto de Regulaciones Materiales por Parte de la Administración

Es claro que las regulaciones normativas devienen de ciertas formas y formalidades que determinan el cumplimiento del principio del debido proceso dentro de la actuación administrativa como se analizó anteriormente, lo cual implica el acatamiento del Principio de Legalidad; pero en el mismo sentido, dichas regulaciones normativas se asientan en contenidos que deben estar acordes a las regulaciones sustanciales de otras normas previamente establecidas y en esta medida, han de cumplir con los presupuestos previstos en las mismas.

Significa lo anterior, que una norma posterior así como la actuación administrativa tienen que sujetarse a los contenidos consagrados en normas de carácter anterior que las determinan, para cumplir con el respeto de la estratificación de la misma y en estricto sentido con el Principio de Legalidad, en la medida que la garantía de éste se identifica con el acatamiento de la jerarquía normativa¹⁸.

2. *Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar*".

16 El artículo 137 del CPCA de Colombia establece las causales de nulidad de los actos administrativos por violación del Principio de Legalidad desde el punto de vista formal o de la transgresión del debido proceso, cuando hace referencia a la vulneración de las normas en que debería fundarse el acto, así como la expedición irregular del mismo y la violación del derecho de audiencias. En este caso lo que se verifica es que la actuación administrativa, que no es otra cosa que la expresión del Poder Público, cumpla las ritualidades previamente establecidas por la ley.

17 La Constitución en los artículos 150 y ss y la Ley 5 de 1992 que constituye la Ley Orgánica del Congreso de Colombia, establece las ritualidades que deben cumplirse en la expedición de las leyes. De la misma forma, la Constitución Española de 1978 y el Reglamento del Congreso de los Diputados en el artículo 109 y siguientes, que trae a colación el procedimiento legislativo común contemplan los procedimientos para la formación de la ley.

18 En este y en el caso de los formalismos en la expedición de normas en ejercicio de Poder Público, nos encontramos frente a criterios de fuentes del derecho, en la medida que se trata de la creación

Si una norma previamente establecida contempla la inviolabilidad de la propiedad privada, cuando una autoridad pública administrativa de cualquier orden vaya a dictar un acto que haga referencia a dicha situación jurídica, tendrá que ajustarlo a lo previsto en la misma, pues de lo contrario estará vulnerando la jerarquía normativa y de esta manera el Principio de Legalidad¹⁹.

Significa lo dicho, que el entramado normativo dentro de la organización administrativa que se puede presentar en un Estado de Derecho, ha de implicar el respeto por parte de la Administración a través de sus actuaciones, no solamente de las formalidades y las formas de las normas de carácter superior, sino también de su contenido material, para que se pueda indicar que existe un sistema jurídico respetuoso del Principio de Legalidad²⁰; esta circunstancia se presenta en las diferentes formas de conocimiento jurídico como puede ser el Derecho Administrativo, en su calidad de regulador de la Administración Pública en cuanto a su funcionamiento y estructura²¹.

En el sistema jurídico español, las administraciones públicas están determinadas por el Principio de Legalidad, en cuanto existen normas

de las mismas, que pueden ser jurisdiccionales o administrativas, pero en cualquier evento se trata de actos dentro del ordenamiento jurídico y por esta razón es preciso afirmar con BOBBIO Norberto. Teoría general del derecho, Editorial Temis, obra citada, p. 160: *"No hemos dicho hasta ahora que se entienda por fuente. Podríamos aceptar aquí una definición muy conocida. Fuentes del derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas"*.

- 19 Ibidem, p. 167, hace referencia a los contenidos materiales de las normas, en el sentido de límites a la producción normativa, que en algún sentido lo refiere a la creación de leyes, pero que es perfectamente aplicable a la producción de cualquier acto en ejercicio de Poder Público y que específicamente lo refiere de la siguiente manera: *"Los límites con los cuales el poder superior restringe y regula el poder inferior son de dos tipos diferentes: a) relativos al contenido, y, b) relativos a la forma."*

Por eso se habla de límites materiales y de límites formales. El primer tipo de límites tiene que ver con el contenido de la norma que el inferior está autorizado para dictar... los límites de contenido pueden ser positivos o negativos, según que la Constitución le imponga al legislador ordinario dictar normas en una materia determinada (mandato de ordenar), o bien le prohíba dictar normas en una determinada materia (prohibición de ordenar o mandato)...".

- 20 En este caso, para que se trate de un sistema debe existir una integración de respeto entre normas, en el sentido de ajustarse unas y otras a las prescripciones previamente establecidas por la jerarquía determinada en relación con el Principio de Legalidad; circunstancia que permite indicar con ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos, 3ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 96, cuando al hacer alusión a los derechos humanos, expresa: *"La fundamentación de los derechos humanos es con esto la fundamentación de la necesidad de un sistema de derecho con un determinado contenido y una determinada estructura"*.

- 21 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 4, al mostrar el pensamiento sistemático del Derecho Administrativo, lo evidencia desde la jerarquía normativa, cuando dice: *"La dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases constitucionales se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución. Así, en primer lugar, es de destacar que la Administración se halla sujeta a tres principios o clases de vinculación: la GG; el sometimiento a la ley y al derecho que luce en el art. 20.II GG, y la vinculación a la garantía de tutela judicial (art. 19:IV GG)"*.

previamente establecidas que condicionan los actos proferidos en ejercicio de dicho poder público administrativo, como ocurre en el otorgamiento de autorizaciones urbanísticas por ejemplo²².

Es claro que la vulneración normativa de la sustancialidad está determinada por la violación de contenidos, que constituyen una modalidad del principio de legalidad²³, a la par de las formalidades como presupuestos de normas o actos de rango inferior; pero que en cualquier sentido hacen referencia a la conformación del mencionado principio, que en todo caso es uniforme, es decir, unívoco en su estructuración y conformación.

2 La Actuación Administrativa y la Aplicación de la Ley

Cuando se hace referencia a la noción de Poder Público Administrativo, se le identifica con la actividad de lo que se conoce como rama ejecutiva o rama administrativa, en la medida que se considera como ejercicio del mismo, las diferentes actuaciones desarrolladas por las entidades públicas administrativas.

Por esta razón, la función administrativa se contiene en los diferentes mecanismos de actuación de la Administración como son: los actos, los contratos, hechos, omisiones, operaciones y vías de hecho administrativas²⁴; que en la presente investigación constituyen el objeto central de

22 En la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo Española, se contempla una relación jerárquica de contenido, cuando se establece la obligación de respeto material, en lo consagrado en el artículo 47 numeral 2 de la Ley 39 de 2015 que establece: “Artículo 47. Nulidad de pleno derecho... 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

23 FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos, Editorial Trotta, Madrid, 2014; identifica el Principio de Legalidad dentro del respeto de contenidos de normas superiores en un sentido sustancial, cuando en la página 30 expresa: “El segundo significado, que supone la positividad requerida por el anterior, el Principio de Legalidad la primera garantía contra el arbitrio: es derecho válido todo y solo aquel producido a través del ejercicio de poderes que, además, subordinados a la ley, no solo en cuanto a las formas sino también en lo relativo a los contenidos de su ejercicio. En este sentido -estricto, fuerte o sustancial- el principio está en la base, solamente de los ordenamientos en los que también el poder legislativo está subordinado a límites y a vínculos sustanciales como los impuestos por la Constitución”. En este punto observamos que nuestro planteamiento puede tener alguna similitud a lo preceptuado por Ferrajoli, en cuanto a que el Principio de Legalidad implica respeto de normas sustanciales superiores en lo referente a contenidos, pero nos apartamos en la argumentación que hace respecto a que la garantía contra el arbitrio puede ser la positividad sustancial, ya que la positividad formal también lo es, en la medida que los formalismos previamente establecidos dan lugar al respeto de derechos que han sido consignados en normas de tal naturaleza y que conforman de una u otra manera unidad de superioridad con los contenidos.

24 Para identificar cada uno de los mecanismos de actuación de las entidades públicas administrativas, ver RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano,

estudio en lo referido al sometimiento de la actividad de la Administración al Principio de Legalidad,

Cuando una entidad pública actúa, expresa, muestra o refleja prerrogativas unilaterales de superioridad frente a los particulares miembros del grupo social, como ocurre en dos eventos clásicos de la función o actividad administrativa, que corresponde a los actos y los contratos administrativos. En el caso de los actos administrativos, la prerrogativa pública es clara, ya que la superioridad de la entidad del Estado es evidente, por el carácter unilateral del mismo que refleja la naturaleza de acto de autoridad, en el sentido de imposición de la Administración frente al particular, pero que en cualquier caso se someten al principio de legalidad²⁵.

Es claro, que en la expedición de un acto administrativo, la voluntad que se expresa en el mismo es unilateral, ya sea de la propia entidad pública o de la ley por intermedio de la Administración, sin que sea necesaria la participación voluntaria de contenido particular. En efecto, por regla general, la voluntad de los particulares no se involucra en el objeto de un acto administrativo²⁶, así lo haga en el trámite de formación del mismo, es decir, en el procedimiento administrativo.

Significa lo anterior, que el ejercicio de la función administrativa, está determinada por la ley, que la hace eminentemente reglada y alejada de cualquier discrecionalidad, ya que tiene que estar sometida a ella desde su competencia, ejercicio y efectos²⁷; ley que expresa la función de legis-

Editorial Temis, Bogotá, 2014; VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, 14^a ed., Editorial Legis, Bogotá, 2016; PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. Manual de Derecho Administrativo, 5^a ed., vol. 1, Editorial Ariel, Barcelona 1998; DUPUIS, Georges. Droit administratif, 9^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2004, entre otros autores.

- 25 Desde la teoría clásica francesa de los actos de la Administración, se concibieron los actos de autoridad, como prerrogativas de las entidades públicas, en las cuales se permitía la imposición unilateral frente a los particulares, es decir, la resolución de algún asunto, sin que fuera necesario la intervención de los miembros de la sociedad a través de alguna expresión de voluntariedad, sino que por el contrario, se ejercía alguna resolución que implicaba vinculación de las personas, pero no se tenía en cuenta su consentimiento, ya que la actuación era estrictamente unilateral. Constituye una expresión distinta de lo que se conoce como negocio jurídico y se constituye en acto jurídico.
- 26 En todo caso, existen algunas posturas doctrinarias que indican que el contrato estatal puede tener la naturaleza de acto administrativo, teniendo en cuenta el momento del perfeccionamiento del mismo; en tal sentido ver: GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos, 3^a ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2015; BACA ONETO, Víctor Sebastián. La invalidez de los contratos públicos, Thomson-Civitas, Navarra España, 2006.
- 27 Pareciera que la función pública de dictar o proferir un acto administrativo, constituye un ejercicio de discrecionalidad de la Administración por el carácter unilateral de mismo, lo cual no es cierto, en la medida que el poder político a través de la legalidad y en general de la potestad normativa que le asiste, hace que el Poder Público expresado en el mismo sea eminentemente reglado, lo que determina la inexistencia o limitación de dicha discrecionalidad en la actividad y función administrativa de Poder Público, como se analizará en detalle más adelante

lar con un carácter normativo, que en muchas ocasiones se convierte en el ejercicio de creación de normas superiores.

Por su parte los contratos del Estado están asistidos de unas prerrogativas que las colocan en un plano de superioridad frente a los particulares, permitiéndosele expresar decisiones sin tener que acudir al juez propio o natural del pacto, desvirtuando de alguna manera uno de los principios que asiste a la teoría de los contratos, como es el de la igualdad entre las partes que intervienen en los mismos²⁸.

Lo anterior es así y el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que constituye el Estatuto de la Contratación Pública de Colombia consagra los poderes que poseen las entidades del Estado en los contratos que celebran, con una finalidad de cumplimiento de los mismos en el sentido de ejecutar un objeto contractual, pero también de lograr los objetivos de la conformación estatal en forma general y de las entidades públicas en particular²⁹; por cuanto dichas prerrogativas lo que permiten a las Administraciones Públicas es velar por el cumplimiento de los contratos sin tener que acudir a un juez, para que en ejercicio de su función jurisdiccional, tome las medidas que corresponden como consecuencia del procedimiento administrativo que se desarrolla³⁰.

28 Cuando el contrato es definido por un acuerdo de voluntades, la regla es que quienes la expresan estén en un plano de igualdad, lo que determina que cualquier conflicto sea sometido a la jurisdicción, ya que ninguna de las partes está en posibilidad de resolver de manera unilateral algún asunto derivado del contrato. El Código Civil de Colombia define el contrato de la siguiente manera: "Art. 1495. *Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas*"; por su parte, el Código Civil Español, lo hace en el siguiente sentido: "Art. 1254. *El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respeto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*"; así, el Código Civil Español consagra la misma fundamentación del acuerdo de voluntades cuando se refiere a la noción de contrato.

29 El artículo segundo de la Constitución Colombiana consagra los fines del Estado en los siguientes términos: "ARTICULO 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*"; por su parte la Constitución Española de 1978 lo hace de la siguiente manera: "Artículo 1. *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político...*", norma que se complementa con lo previsto en el numeral 2 del artículo 9 que establece: "...2. *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...*".

30 El texto refundido de la Ley de Contratos de España en el artículo 210 contempla las prerrogativas o potestades que tienen las administraciones públicas en el procedimiento de contratación, así: "Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el

La Ley de Contratos de Colombia al igual que la española³¹ han establecido unos poderes a favor de la parte pública en la contratación del Estado, que evidencian un criterio de poder público³², con el fin de que el cumplimiento en el mismo sea efectivo, ya que tener que acudir a un juez se convierte en un trámite dispendioso y desgastante, que entorpecería la función administrativa de contratación y específicamente el cumplimiento de los fines del Estado, que no son otros que el beneficio de la comunidad; pero en cualquier sentido cumpliendo con las regulaciones normativas, es decir, con el principio de legalidad.

Por tal razón, es pertinente afirmar, que el contrato deja de contener criterios de expresión de voluntariedad de las partes que intervienen en el mismo y lo que se determina es una manifestación de unilateralidad contemplada en la ley, en la medida que los poderes o potestades a que

órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

31 Ver artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, hoy Ley 9 de 2017.

32 La Ley 80 de 1993 que constituye el Estatuto de Contratación Pública de Colombia, en el artículo 14 establece las prerrogativas de las Administraciones Públicas, así: *“De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.

hace referencia el Estatuto de Contratación Público, no se derivan del acuerdo de voluntades sino de las prescripciones normativas³³; criterio que en algunos doctrinantes ha llevado a indicar que el contrato tiene la naturaleza jurídica de acto administrativo³⁴, que para el asunto que nos ocupa de la expresión de poder público a través de la función administrativa adquiere mayor relevancia³⁵.

En efecto, cuando en el contrato público o administrativo se encuentran contenidos que no provienen en estricto sentido del acuerdo de voluntades, sino de la expresión de legalidad, lo que se evidencia son criterios de expresión del principio de legalidad, puesto que el legislador ha determinado que los acuerdos cedan ante la regulación normativa y en esta medida, es la potestad de configuración que posee el Estado en dichos asuntos, la cual prima sobre los acuerdos de quienes intervienen en el contrato.

Lo anterior es así, ya que el principio de la habilitación legal es el que subsiste en la actividad contractual, en la medida que las normas de contratación con antelación a la existencia del contrato determinan los contenidos del mismo, como ocurre con las mal denominadas cláusulas excepcionales, ya que éstas no nacen del acuerdo entre quienes intervienen en el acto jurídico sino de la ley y cuando el legislador respecto de un contrato determinado no ha hecho pronunciamiento si se deben incluir o no, no está dado que las partes las establezcan como integrantes del mismo, porque debe existir una norma que lo permita³⁶.

33 Es claro que las potestades en los contratos del Estado no expresan acuerdo entre partes, sino el mandato legal, en la medida que para ser incorporadas en un contrato, es necesario que la ley lo autorice y en el caso del sistema jurídico colombiano, para los contratos que el propio Estatuto de Contratación indica, si no se incluyen se consideran incluidas. Solo por excepción, es posible que del acuerdo de las partes en el contrato, surjan poderes unilaterales de las Administraciones Públicas, como en el caso de las cláusulas de multas o la penal pecuniaria que nacen del pacto y no de la ley, aunque es necesario que la ley lo permita por razón del principio de habilitación legal.

34 Para el caso del contrato como acto administrativo, ver: BACA ONETO, Víctor Sebastián. La inviolidez de los contratos públicos, Thomson-Civitas, Navarra España, 2006, GÚECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos Administrativos, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2015.

35 La teoría clásica francesa respecto de los mecanismos de actuación de las entidades públicas, que distinguía los actos y los contratos administrativos a partir de los actos de autoridad los primeros y los actos de gestión los segundos, ya no resiste argumentación, en cuanto a que en los actos de autoridad, las entidades públicas se imponían al particular a través de actos administrativos, evidenciando un plano de desigualdad superior favorable a las Administraciones Públicas; por el contrario, en los actos de gestión existía un criterio de igualdad que se reflejaba en los contratos, en la medida que constituían acuerdo de voluntades, por esta razón se asimilaban a los actos entre particulares; pero que como quedó evidenciado, esa igualdad no es prevista en los contratos del Estado, ya que las prerrogativas o poderes públicos, otorgan ventajas a una de las partes que intervienen en el procedimiento de contratación.

36 En el sistema jurídico colombiano, cuando en un contrato público no se incluye una cláusula excepcional, el Estatuto de Contratación consagra para ciertos contratos, que si no se pactan se consideran pactadas y para otros contratos lo prohíbe expresamente; pero cuando se trata de aquellos en que la ley de contratación ni lo prohíbe expresamente pero tampoco lo permite, se pensaría que

3 Sanciones Administrativas por Infracción del Principio de Legalidad en las Actuaciones de la Administración

En la argumentación que he venido desarrollando se puede evidenciar el fuerte criterio del carácter reglado en la actividad administrativa, como una clara expresión de que el principio de legalidad actúa, somete dichas actuaciones y en esta medida es preciso verificar como una primera aproximación, cuáles son las consecuencias de la vulneración de tal principio.

En las anteriores circunstancias es preciso indicar, que ante la violación del principio de legalidad por las autoridades que desarrollan función administrativa, el cual se evidencia en la vulneración de normas superiores, se generan unas consecuencias jurídicas sancionatorias, que se pueden percibir en la facultad sancionatoria que la propia Administración puede imponer.

3.1 Autosanciones de la Administración

Algunas muestras claras de que la Administración se autoimpone sanciones por violación del principio de legalidad se encuentran en instituciones como la revocación directa de los actos administrativos y en los casos de trámites disciplinarios.

3.1.1 La Revocación Directa

Es un autocontrol de la actividad administrativa frente a posibles violaciones al principio de legalidad y en esta circunstancia se genera una sanción del poder ejecutivo por el propio poder ejecutivo, sacando un acto administrativo de la vida jurídica por ser contrario a la ley en referencia formal, así como a la Constitución, es decir, a la ley en sentido genérico como la he venido identificando en esta investigación.

Según lo indicado, la actividad administrativa está sometida al principio de legalidad, implica que existen regulaciones previamente establecidas que someten las decisiones de las autoridades investidas de poder administrativo y que en el caso de vulnerarse dicho principio, el propio

el acuerdo entre las partes daría lugar a su inclusión, lo cual no es así, ya que la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en el principio de la habilitación legal, indica que no se pueden acordar, como lo hace en la sentencia Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia no. 1996-08183 de 24 de enero de 2011, M. P. Enrique Gil Botero.

poder ejecutivo está en el deber de sacar sus actos del ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una obligación que la doctrina la ha identificado como una potestad pública, pero también en el sentido de un atributo de los actos proferidos en ejercicio de función administrativa.

Pero en cualquier caso, considero que también se puede identificar como una autosanción de la Administración, en la medida que tiene que extinguir su propio acto por ser contrario al ordenamiento jurídico, ya que se ha previsto como causal de revocación de los actos administrativos la contradicción entre el acto y una norma superior³⁷.

Dicha obligación también se prevé en el ordenamiento jurídico español, en cuanto a que el poder público administrativo pueden sacar de la vida jurídica sus propios actos por ser violatorios de normas jurídicas, es decir, por vulnerar el Principio de Legalidad³⁸.

3.1.2. Sanciones Disciplinarias

En este evento, si bien es cierto se trata de sanciones a los servidores públicos, la consecuencia de las mismas se deriva de una u otra forma de la violación del principio de legalidad, que en el Estado de Derecho no es más que una muestra de la potestad sancionatoria que le asiste y que se ha denominado el *ius puniendi*³⁹.

Lo anterior es así y por esta razón el Estatuto Único Disciplinario de Colombia establece que los fines de la sanción disciplinaria se encaminan a garantizar la Constitución, la ley y los fines previstos en ellas,

37 La ley colombiana ha establecido las causales de revocación directa de los actos administrativos, es decir, por parte de las propias autoridades administrativas y en el numeral primero del artículo 93 de la ley 1437 de 2011, consagra que un acto administrativo es susceptible de ser revocado cuando contraría la Constitución o la ley, siendo ésta una causal de legalidad.

38 A través de la Ley de Procedimiento Administrativo que corresponde a la Ley 29 de 2015 se contempla la revocación de actos administrativos por el propio poder ejecutivo, cuando el artículo 109 dice: *"Revocación de actos y rectificación de errores.*

1. *Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.*

2. *Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos".*

39 MEJÍA PATIÑO, Omar. Fundamentos de Derecho Administrativo sancionador, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 40, muestra el *ius puniendi* del Estado en función a la consagración constitucional, es decir al Principio de Legalidad en sentido genérico y al cumplimiento de los fines esenciales del mismo, así: *"En este orden, es natural que el ius puniendi del Estado esté adecuado a las condiciones jurídico-políticas establecidas por la Constitución. Esto quiere decir que la configuración de los instrumentos sancionadores de la Administración, deben tener como finalidad fundamental la realización de las funciones propias del Estado y la satisfacción de las necesidades generales".*

es decir, a preservar el orden jurídico y de esta manera el Principio de Legalidad en sentido general⁴⁰.

Podría pensarse que como la sanción disciplinaria va dirigida respecto de los servidores públicos y no a la actuación administrativa propiamente dicha como ocurre con la anulación o la revocatoria de los actos administrativos no se trata de una típica sanción a la Administración; pero es preciso indicar que esto no es así, porque lo que se controla precisamente es la actuación del servidor en ejercicio de Función Administrativa, es decir, de Poder Público.

Pero además, porque dicha actividad del servidor público contraría el principio de legalidad como lo hemos venido afirmando, ya que si su actuación se ajusta al mismo no estaría incurriendo en una falta disciplinaria; lo que significa, que la sanción a la Administración se efectúa a través de sus funcionarios, pero no se trata de una consecuencia indirecta de su actuar, ya que las entidades y sus servidores conforman una unidad y en esta medida se expresa dicho poder público administrativo.

Es posible que surja la duda de si efectivamente se trata de una autosanción del ejecutivo, ya que en principio para el caso colombiano le corresponde la competencia a la Procuraduría General de la Nación, siendo este un órgano de control; sin embargo, no hay que olvidar que la función disciplinaria tiene un carácter administrativo y su impugnación se surte ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el mismo sentido, dentro de la estructura orgánica de las entidades públicas administrativas, existen las oficinas de control interno disciplinario encargadas de aplicar sanciones de tal naturaleza.

En el sistema jurídico español ocurre de manera similar a lo mencionado para el ordenamiento jurídico colombiano, ya que los servidores públicos que en ejercicio de función administrativa incurren en violaciones al principio de legalidad, son sujetos de las sanciones disciplinarias correspondientes⁴¹.

40 Así lo consagra el Artículo el artículo 5 de la Ley 1952 de 2019.

41 Tal circunstancia se evidencia en la consagración que hace el Decreto Legislativo 5 de 2015 que corresponde al Estatuto del Empleado Público Español en el artículo 95 cuando se refiere a las faltas disciplinarias que específicamente prevé en los literales a y d: *"Faltas disciplinarias. a) El incumplimiento a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública... d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos"*.

4 Conclusiones

La función administrativa se concreta en las diversas actividades que desarrolla la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado de derecho en general, así como para la realización de los que ha previsto cada entidad pública en particular.

A pesar que la actividad administrativa, está asistida de prerrogativas públicas, por tratarse de una actividad especial que coloca a la Administración en una posición ventajosa frente a los particulares, ya que le permite tomar decisiones sin que tenga que acudir a la jurisdicción, dicha actividad está sometida por regulaciones jurídicas que la condicionan.

En efecto, las autoridades públicas no pueden desarrollar actividad administrativa absolutamente discrecional, sino que se encuentran subordinadas a la ley en sentido genérico, es decir, a la Constitución, a la ley como acto expedido por el Parlamento y a los reglamentos administrativos, circunstancia que evita la prevalencia de la arbitrariedad en las actuaciones de la Administración.

Las regulaciones jurídicas normativas que regulan la actividad de la Administración, no son otra cosa que la expresión del principio de legalidad, en la medida que este se contiene en aquellas; pero además, porque las normas jurídicas son la expresión de dicho principio.

En tales circunstancias, el principio de legalidad se convierte en el medio más eficaz de regulación de la actividad de la Administración, que las propias entidades utilizan para autocontrolarse, como ocurre en el control administrativo de la función desarrollada por las personas jurídicas del Estado.

En efecto, cuando se presenta un control administrativo de la actividad de una entidad pública, lo que ocurre es una efectivización del principio de legalidad, en el sentido que de una u otra forma lo que se verifica es el cumplimiento de regulaciones jurídicas por parte las autoridades públicas.

Bibliografía

Libros

ALEXY, Robert. (2001) *Teoría del discurso y derechos humanos*. (3ª reimpresión) Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (p. 96)

- BACA ONETO, Víctor Sebastián. (2006) *La invalidez de los contratos públicos*. Navarra España. Editorial: Thomson-Civitas.
- BOBBIO Norberto. (2007) *Teoría general del derecho*. (3ª ed. Obra citada) Bogotá. Editorial: Temis. (p. 160)
- BOBBIO Norberto. (2007) *Teoría general del derecho*. (3ª ed. Obra citada) Bogotá. Editorial: Temis. (Ibídem, p. 167)
- CASAGNE, Juan Carlos. (2016) *El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires. Editorial: B de F. (p. 147)
- CASSAGNE, Juan Carlos. (2016) *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Madrid. Editorial: Reus. (p. 165)
- DÍAZ, Elías. (1998). *Curso de filosofía del derecho*. Madrid. Editorial: Marcial Pons.
- DUPUIS, Georges. (2004) *Droit administratif*. (9^{ème} édition). Paris. Editorial: Armand Colin. (p. 83)
- DUPUIS, Georges. (2004) *Droit administratif*. (9^{ème} édition) Paris. Editorial: Armand Colin.
- FERRAJOLI, Luigi. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid. Editorial: Trotta. (página 30)
- GUASTINI, Ricardo. (2014) *Derecho, Interpretación y Estado*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia. (p. 18)
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. (2015) *Contratos administrativos*. (3ª ed.) Bogotá. Ediciones Jurídicas: Gustavo Ibáñez.
- KELSEN, Hans. (2007). *¿Qué es la teoría pura del derecho?*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política (p. 20)
- MEJÍA PATIÑO, Omar. (2013) *Fundamentos de Derecho Administrativo sancionador*. Bogotá. Editorial: Grupo Editorial Ibáñez. (p. 40)
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. (1980) *Introducción a la teoría del Estado*. Bogotá. Editorial: Temis.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. (1998) *Manual de Derecho Administrativo*. (5ª ed., vol. 1) Barcelona. Editorial: Ariel.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. (2014) *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá. Editorial: Temis.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. (2003) *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Editorial: Marcial Pons. (p. 4)
- VIDAL PERDOMO, Jaime. (2016) *Derecho Administrativo*. (14ª ed.). Bogotá. Editorial: Legis.

Leyes y Decretos

- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (20 de julio de 1991) *Constitución Política de Colombia*. (Artículos 150 y ss). Y Congreso de la República de Colombia. (17 de junio de 1992) *Ley 5 de 1992: Ley Orgánica del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes de Colombia*.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (20 de julio de 1991) *Constitución Política de Colombia*. (Artículo segundo).
- Congreso de la República de Colombia. (20 de abril de 1887) *Ley 57 de 1887: Código Civil de Colombia*. Diario Oficial No. 7.019. (Art. 1495).
- Y Ministerio de Gracia y Justicia de España. (24 de julio de 1889) *Real Decreto: Código Civil España*. Gaceta de Madrid. (Art. 1254).
- Congreso de la República de Colombia. (17 de junio de 1992) *Ley 5 de 1992: Ley Orgánica del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes de Colombia*. (Artículo 109 y siguientes)
- Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993) *Ley 80 de 1993: Estatuto de Contratación Pública de Colombia*. Diario Oficial No. 41.094. (Artículo 14)
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011) *Ley 1437: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial No. 47.956. (Artículo 137)
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011) *Ley 1437: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial No. 47.956. (numeral primero del artículo 93)
- Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 2019) *Ley 1952 de 2019: Código General Disciplinario*. (Artículo 5).
- Cortes Generales de España. (1 de octubre de 2015). *Ley 39 de 2015: Procedimiento Administrativo en España*. (Artículo 47 numeral 2)
- Congreso Diputados de España. (29 de diciembre de 1978) *Constitución Española*. (Artículo 1)
- Congreso Diputados de España. (29 de diciembre de 1978) *Constitución Española*. (Artículo noveno)
- Cortes Generales de España. (1 de octubre de 2015). *Ley 39 de 2015: Procedimiento Administrativo en España*. (Artículo primero)
- Jefatura del Estado de España. (30 de julio de 2018). *Ley 29 de 2015*. Boletín Oficial del Estado no. 182 de 31 de julio de 2015. (Artículo 109)
- Ministerio de Economía y Hacienda de España. (14 de noviembre de 2011) *Real Decreto Legislativo 3 de 2011*. (Artículo 210), hoy (8 de noviembre de 2017) *Ley 9 de 2017*. (Artículo 190)

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de España. (30 de octubre de 2015) *Decreto Legislativo 5 de 2015: Estatuto del Empleado Público Español*. (Artículo 95).

Jurisprudencia

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de enero 2011). *Sentencia 1996-08183 de 2011*. M. P. Enrique Gil Botero.

Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública como un Mecanismo de Contraloría Ciudadana

Henry Alexander Mejía *

Presentación

Agradezco sobremanera al Comité Organizador del XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo que se realiza en la linda ciudad de Sao Pablo, República Federativa de Brasil. Felicito extraordinariamente por haber decidido en establecer como eje temático de este conclave académico que reúne a los principales profesores de Iberoamérica de Derecho Administrativo: el control administrativo. Y poder disertar sobre la transparencia y acceso a la información pública como un mecanismo de control ciudadano, un tema que no deja de ser de actualidad.

La estructura de mi exposición se inicia con algunas consideraciones generales de la reforma del Estado en América latina y la necesidad de impulsar la transparencia como principio medular ética pública, dentro de todos estos cambios estructurales dentro de la Administración Pública, con el fin de combatir la corrupción en el seno de la Administración Pública, propiciando prácticas de buen gobierno; posteriormente hacemos un análisis doctrinal y legislativo del derecho de acceso a la información pública. Finalizando con algunas reflexiones conclusivas

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, con premio extraordinario (2006), profesor titular de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Coordinador del área de Derecho Administrativo y procesal administrativo, profesor de diferentes programas de postgrados impulsados en El Salvador por Universidades españolas. Profesor invitado en cursos de postgrado en la Universidad Autónoma de México y Universidad Panamericana de México. Profesor ganador como Tutor en el primer concurso de Derechos Humanos en la práctica de Derecho Administrativo, a nivel centroamericano e internacional auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer (2011). Ex director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de El Salvador (2007-2011). Capacitador de la Escuela Judicial. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro de Honor de las Asociaciones de Derecho Administrativo de México y República Dominicana.

sobre el rol elemental de la transparencia y acceso a la información pública en el marco del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

1 Consideraciones Generales sobre la Reforma del Estado

Los procesos de reforma del Estado, fueron impulsadas a nivel regional en la década de los ochenta por los organismos internacionales en Latinoamérica, tales como: el Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, esto en buena medida como resultado de la llamada “*crisis fiscal del Estado*”, con el fin de implementar el nuevo esquema económico que demandaría, en aquel entonces la naciente economía neoliberal¹.

Para ello, fue necesario iniciar una serie de reformas, con el fin de reducir el tamaño de la Administración Pública, por tanto, se privatizaron los servicios públicos, muchos de ellos de carácter esencial, dejándole a la Administración su control y vigilancia. Esto conllevó a la liberalización de precios y fortalecimiento de la competencia en el marco de la economía de mercado de carácter global. En consecuencia, era necesario que el Estado creara reglas claras y transparentes para garantizar la competencia en iguales condiciones entre los ciudadanos².

A principios del siglo XXI, se dispusieron reformas legislativas en el área administrativa, tales como: un nuevo marco de control administrativo y jurisdiccional hacia la Administración Pública, promulgándose nuevas leyes de lo contencioso administrativo, de procedimientos administrativos, leyes regulatorias del mercado y protección de los consumidores, modernización de las leyes del empleo público y de los procesos de contratación administrativa, dinámica en que El Salvador entró con mayor ímpetu en los últimos años fortaleciendo el Derecho Administrativo de la dignidad humana³.

Sin embargo, después de haber llegado casi a la segunda década del presente siglo y pese de haberse consolidado la economía de mercado a través de la globalización y el desarrollo tecnológico; todo esto no fue suficiente para fortalecer el crecimiento económico y la erradicación de

1 Véase la voz: “Reforma del Estado”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Tomo IX, Edición conjunta Rubizal-Culzoni editores y Universidad Autónoma de México, Buenos Aires, 2007, Págs. 153-163.

2 Al respecto puede verse: PALAZZO, J. L., *et al*, *La Transformación del Estado: tendencias actuales, innovaciones en el derecho italiano y europeo*, Depalma, Buenos Aires, 1992, Págs. 207 y ss.

3 A manera de ejemplo tenemos la reforma impulsada en España en los últimos 20 años, que ha sido básicamente para adecuarse a los cambios impulsados por los procesos de globalización. Véase RODRIGUEZ-ARANA, J., *La reforma Administrativa en España, novum*, México DF, 2011.

la pobreza extrema, al contrario se agudizó en muchos países, por el alto costo de la vida para el ciudadano promedio, que ha representado los procesos de privatización, estando de nuevo en una crisis de carácter económica y global, que ha puesto en relieve todo estos procesos de transformación administrativa.

Esto nos ha llevado a reflexionar que, independientemente del sistema económico que se adopte, si las políticas públicas que se efectúen no estén en función de los principios éticos, tales como: eficacia, eficiencia y transparencia, no se podrá erradicar el flagelo de la corrupción pública, que desde nuestro punto de vista es uno males endémicos que ha llevado agudizar el saqueo de la cosa pública y por ende la deuda externa, ya que en su mayoría son las partidas presupuestarias económicos provenientes de los empréstitos otorgados por los organismos financieros internacionales los que se han visto mayormente defraudados.

De ahí, se dice que los promotores principales de la implementación de la ética pública han sido, en principio los grandes organismos económicos internacionales, como la OCDE y Banco Mundial a la cabeza; con la finalidad de combatir la corrupción pública que afecta las posibilidades de amortizar la deuda externa y ponen en peligro su pago, afectando sus intereses económicos.

Esto ha dado como resultado que se mundialice la problemática, por ello se han implementando dos tratados internacionales: la Convención Interamericana (1998) y la Convención de las Naciones Unidas (2004), ambas contra la corrupción. Además, se ha promulgado leyes que regulen la ética pública y la transparencia administrativa. En este contexto, en nuestro país se promulgó la primera Ley de Ética Gubernamental en el 2007 y se crea el Tribunal de Ética Gubernamental, que en su momento tuvo mucho acogimiento por la ciudadanía, pero las sanciones que imponían eran muy parcas, esto en virtud de la ley, esto dio como resultado la promulgación de una nueva que está en vigor desde el 1 de enero de 2012, dándole al Tribunal de Ética Gubernamental facultades de investigar de oficio y robusteciendo las sanciones a imponer.

Como complemento de todo lo anterior en el 2011, se promulgó la Ley de Acceso a la información Pública, (vigente desde mayo de 2012) creando el Instituto de Acceso a la Información Pública (que funciona desde el 2013) y las Unidades de Acceso de Información Pública en cada ente administrativo con el fin de tutelar el derecho al acceso a la información pública y transparencia administrativa, para todos los

ciudadanos. Se ha calificado este cuerpo normativo como un avance a la reforma administrativa que coadyuva a la democratización de la ciudadanía, porque una sociedad mejor informada, puede participar activamente en la formulación de políticas públicas, y efectuar mayor control social de la función pública en general.

2 La Transparencia Administrativa como Principio Elemental de la Ética Pública

La transparencia es uno de los principios⁴ específicos de la ética pública⁵. Esta tiene como finalidad que la función pública se preste con integridad y honestidad, que solo se hace posible gracias al principio de transparencia. En los tiempos actuales, es de rigor que la Administración tenga un buen funcionamiento, para darle cumplimiento además, los principios de eficiencia y eficacia que demanda el derecho a la buena administración. Por lo tanto, se requiere que la Administración se muestre como un receptáculo de cristal, a fin de que no se oculten aquellas prácticas corruptas que se han enquistado en el seno de las administraciones públicas en América latina.

Una Administración Pública transparente, y con reglas elementales para los ciudadanos para el acceso a la información pública, determinan la aplicación de los fundamentos de la ética en la función pública. De este modo la ética pública se transforma en el soporte ideal para garantizar la confianza en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, ya que se espera que los servidores públicos sirvan a la pluralidad de intereses con justicia y que administren los recursos de forma correcta⁶.

4 Así lo prescribe el art. 4 literal "f" de la Ley de Ética Gubernamental.

5 Cuando la ética se aplica y se pone en práctica en el servicio público se denomina Ética Pública, también llamada ética para la política y la administración pública. La ética pública señala principios y valores deseables para ser aplicados en la conducta del ser humano que desempeña una función pública. Esta disciplina ofrece al servidor público un conocimiento que lo lleva a actuar de una determinada manera en cada situación, ofreciendo auxilio con respecto a la elección de las diversas situaciones que son convenientes o no para la colectividad. Establece los criterios que debe tener en cuenta todo servidor público para llevar a cabo sus funciones con el fin de lograr un bien para la comunidad, y no para fines privados. (RODRIGUEZ-ARANA, J. *Dimensión ética*, Dikynson, Madrid, 2000, Pág. 24.)

6 Uno de los grandes avances que se ha dado en materia de control de los gastos públicos, es en virtud de la Sentencia de Inconstitucionalidad del 25 de agosto de 2010, Referencia Ac/1-2010/27-2010/28-2010, donde se declara inconstitucional los Arts. 2, y 6 de la Ley del presupuesto y el art. 45 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, por vulnerar el principio de reserva de ley presupuestaria —en su dimensión de especialidad cualitativa y cuantitativa—, consagrado en los arts. 131 ordinal 8°, en conexión con los arts. 86.1, art 167 Ord. 3° párrafo 2°, arts. 227 y 229 de la Constitución, por habilitar al Órgano Ejecutivo a que realice transferencias entre partidas de distintos Ramos y a que asigne discrecionalmente los excedentes de los ingresos previstos, realizando dichas transferencias de manera secreta y sin el control de la Asamblea

Actualmente se ha generado “*un déficit de confianza*”, que se ha propiciado por los grandes niveles de corrupción⁷ a los que se ha llegado, debido a la toma de decisiones inapropiadas de parte de los funcionarios, entre las que se destacan: despilfarro de los fondos públicos, mal uso de los bienes públicos, adjudicaciones de contratos administrativos con desviación de poder⁸.

Esto ha conllevado a que se transforme el quehacer público y se funden las condiciones para que se implemente el derecho a la “buena Administración”, derecho fundamental naciente como resultado de un nuevo modelo de gestión pública, donde la Administración debe estar sometida al escrutinio público, para garantizar el derecho de acceso de información pública, tema medular que haremos hincapié en *infra*.

De lo anterior resulta que la transparencia, no es sinónimo de derecho de acceso a la información pública, ya que éste constituye un derecho fundamental, donde cualquier ciudadano, puede conocer, solicitar y supervisar el quehacer de los servidores públicos; salvo que dicha información existan suficientes razones para reservarla. Por tanto, este derecho indispensable para garantizar la transparencia administrativa.

La noción de transparencia encuentra su raigambre en la obligación del estado de publicitar su actuación. Se refiere al hecho de hacer público un conjunto de datos sobre las distintas entidades públicas que permitan a las personas saber dónde buscar con mayor precisión la información que le sea de interés.

La transparencia es una de las piedras angulares del derecho de acceso a la información. Constituye el género doctrinal, mientras tanto, el derecho acceso a la información, el derecho a la participación ciudadana

Legislativa y la Corte de Cuentas de la República de El Salvador. En consecuencia, se elimina la famosa “partida presupuestaria de carácter secreta”, que según los medios de comunicación en gobiernos anteriores fue utilizada para pagar favores políticos e incluso financiar la campaña política del partido oficial. (Véase el Periódico Digital “El Faro.net”)

7 La ética pública es por tanto un instrumento fundamental para evitar la corrupción, ya que los cargos públicos deben ser ocupados por las personas más capaces y que tengan un gran sentido de servicio. Lamentablemente, existe un marcado interés de personas de clase política por ocupar un cargo público sin tener la debida preparación, sin contar con la formación necesaria para ello. El fin de muchos funcionarios, es sobresalir sin asumir la importancia y la responsabilidad que conlleva el ejercicio de la función pública afectando los resultados de la misma. Cuando se ingresa en la Administración Pública se realizan actividades de servicio a los ciudadanos; si la prestación de servicios no es adecuada, las instituciones públicas se desacreditan.

8 En El Salvador se tiene a guisa de ejemplo el contrato de obra pública adjudicado por el Consejo Directivo de Asociación Nacional de Acueductos y Alcantarillado, cuyo contratista fue la “Sociedad *Drillmaster*”, por cuanto, se promovió un proceso de lesividad, ya que se comprometieron fondos públicos futuros y se comprobó que existieron sobornos a cambio de la adjudicación, y al grado que obviaron procedimientos esenciales de la licitación pública. Véase la Sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 31 de octubre de 2006, referencia 295-A- 2004.

y el derecho a la libertad de expresión, conforman su contenido, las manifestaciones normativas del principio. En resumen, para nosotros: derecho de acceso a la información, publicidad, libertad de expresión, derecho de participación ciudadana, son manifestaciones del principio de transparencia como elemento inescindible del sistema democrático.

Sin embargo, el acceso a la información Pública no es el único componente de la transparencia, sino que además, forma parte de ella “la rendición de cuentas”. Esta deriva de la palabra inglesa “*accountability*”, la cual a veces se traduce como control, otras veces como fiscalización y otras como responsabilidad, pero la traducción más frecuente es como rendición de cuentas. Nuestra ley de Ética Gubernamental, en el art. 4 literal “m” lo estipula como un principio en que se funda la ética pública.

Así como un empleado rinde cuentas a su jefe, la autoridad pública debe rendir cuentas a la comunidad, es decir que un buen gobierno rinde cuentas explicando sus acciones a la sociedad, logrando así que las autoridades se responsabilicen de sus actos. Siguiendo a Naessens⁹ la noción de rendición de cuentas encierra dos dimensiones básicas. Por un lado, la obligación de funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público; por otro, incluye la capacidad de sancionarlos en caso de que hayan incumplido sus deberes públicos.

Concretamente, los gobernantes deben estar abiertos a la inspección pública, deben poder explicar y justificar sus actos, y si incurren en faltas o ilegalidades, deben sujetarse a las sanciones correspondientes. De este modo, la rendición de cuentas se transforma en un diálogo crítico entre funcionarios y ciudadanos. Se manifiesta como un puente donde fluye la comunicación entre los funcionarios y ciudadanos. en este sentido Schedler¹⁰ sostiene que, su misión es:

“reducir las incertidumbre del poder, limitar sus arbitrariedades, prevenir y remediar sus abusos, volver predecible su ejercicio, mantenerlo dentro de ciertas normas y procedimientos preestablecidos”.

Los órganos administrativos deben poner a disposición de la ciudadanía, antecedentes de su gestión, de modo que estas puedan evaluar la calidad de las políticas públicas, que en definitiva, recae sobre ellos mismos.

9 NAESSENS, H., Ética pública y transparencia, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades-Universidad Autónoma del Estado de México- Toluca, México, Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, Pág. 2113.

10 SCHEDLER, A., ¿Qué es la rendición de cuentas?, Cuadernos de transparencia, número 3, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2004, Pág. 12.

Al estar a disposición de los interesados los antecedentes que requieran para dicha evaluación, las autoridades administrativas estarán obligadas a mejorar su desempeño, generándose un sistema de control social.

El derecho de acceso a la información pública y la rendición de cuentas puede ser un generador de seguridad jurídica, porque permite a los ciudadanos ver de cerca que hacen los funcionarios públicos en el ejercicio de sus potestades, verificar que las partidas presupuestarias no sean disfrazadas, para fines políticos o satisfacer deseos o egos personales. No cabe duda que es una herramienta eficaz para los empresarios para acceder a los procedimientos de contratación pública, o concesiones administrativas con iguales oportunidades. Incluso para que, los ciudadanos comunes opten y compitan para alcanzar un empleo público acorde a sus capacidades.

En la actualidad no podemos referirnos a la vigencia de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, sin que exista transparencia en la gestión pública, ya que con ella se reafirma la aplicación de los principios constitucionales, tales como: legalidad, publicidad y de responsabilidad del los servidores públicos. La transparencia se convierte un principio fundamental, ya que sin en el cumplimiento de ella no hay democracia plena, y no existe un correcto ejercicio del poder público, ni correcto desempeño de los servicios públicos.

3 El Derecho de Acceso a la Información Pública

3.1 Aspectos Generales

Para precisar el objeto de nuestro estudio, se hace necesario distinguir el derecho a la información y derecho de acceso a la información y su aplicación en el ámbito público. El derecho a la información importa una obligación para el Estado, en el que éste se encuentra obligado a garantizar la libre la producción, elaboración y difusión de información, ya sea por los medios de comunicación social u otras personas. Mientras que el derecho de acceso a la información pública es un derecho que posee todo ciudadano, (y no un derecho exclusivo de las personas que ejercen periodismo¹¹)

11 Este criterio fue rechazado por la Sala de lo Constitucional, por considerarlo atentatorio al derecho de igualdad consagrado en el art. 3, de nuestra constitución por las razones siguientes: la Constitución atribuye la libertad de información a - toda persona-, es decir, no hace distinción alguna (...), tratándose de derechos fundamentales, éstos (...) son de titularidad universal. Si se considera que sólo los periodistas y/o dueños de los medios son titulares de la libertad de información, se llegaría al paradójico, injusto y desigual resultado de que los particulares, aunque transfieran hechos e informaciones (como se observa con los recientes desarrollos de las tecnologías de la información),

de acceder a la información administrada por un ente público, ya se sea reproducida por sus órganos o particulares donde recaiga la obligación de informar. Para garantizar adecuadamente este derecho el Estado debe organizar la información, procesarla, clasificarla y establecer un sistema que permita el acceso y la selección de la información requerida¹².

El libre acceso a la información no es equivalente a la “publicidad de los actos o actuaciones de los entes públicos”, sino que para que se materialice se debe acceder a la información de la Administración Pública, es decir a la documentación integrada por expedientes públicos, minutas, actas, correspondencia, dictámenes técnicos, estudios científicos o cualquier documentación relativa a presupuestos y gastos públicos.

En virtud de lo anterior, el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental que tiene cualquier persona natural o jurídica, sea esta nacional o extranjera de acceder a la información que esté poder de un ente administrativo o entidades privadas que se les haya conferido potestad de generar información pública. De ahí deviene que este derecho puede ser abordado desde dos perspectivas: como un derecho de naturaleza individual o como un derecho de carácter colectivo, por lo cual es usual su naturaleza dual, y se justifica su aspecto colectivo porque la información en poder de la Administración puede afectar e interesar a un conjunto indeterminado de personas¹³.

En consecuencia, el fundamento teórico de acceder libremente a la información se basa en la naturaleza pública de la misma, pues se trata de información relevante a las actuaciones de los poderes públicos y las decisiones que pueden afectar al conglomerado social.

3.2 Reconocimiento a Nivel Internacional

Al analizar el derecho de acceso a la información es importante considerar que su origen se encuentra en la libertad de expresión¹⁴. Esta

nunca podrían alegar a su favor la veracidad; en cambio, los periodistas y/o dueños de medios, aunque sólo hayan emitido una opinión, podrían intentar justificar su conducta alegando la veracidad de lo expuesto”. Con ello coloca, en un plano de igualdad a su parecer, a personas que no realizan labor periodística con los que sí la realizan. (Sentencia de Inconstitucionalidad del 24 de septiembre de 2010, ref. 97-2007).

12 BLONDET ABREU, R., *Derecho de Acceso a la Información*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, Año 11, N° 11, 2011, Págs. 52-53.

13 LAVALLE COBO, D., *Derecho de acceso a la información pública*, Astrea, Buenos Aires, 2009, Págs. 61 y ss.

14 La libertad de expresión, constituye unos de los derechos fundamentales, donde se funda cualquier sistema democrático, ya que su reconocimiento está ligado al desarrollo del régimen de libertades. La Declaración de Virginia de 1776, manifestaba que la Libertad de prensa era “uno de

tiene una dimensión individual y social. Por un lado su objeto es garantizar que nadie sea arbitrariamente impedido de manifestar su propio pensamiento y por otro es que el colectivo pueda ser informado o acceder a cualquier información pública.

En virtud de lo anterior, nos permitimos apuntar a los principales instrumentos internacionales que garantizan la práctica y el ejercicio de éste derecho. En principio tenemos la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada el 10 de diciembre de en 1948, la cual prevé en su art. 19 que:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión".

Posteriormente, la *Convención Americana de Derechos Humanos*, suscrita el 22 de noviembre de 1969, prevé en el art. 13 que:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

De igual forma el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, suscrito en la Ciudad de Nueva York el 19 de diciembre de 1966, estipuló en el art. 19 el mismo contenido del inciso uno de la Convención antes mencionado.

Como resultado de lo anterior corroboramos que, el derecho a la información y el acceso a la información, se desprende de la libertad de expresión y de opinión, lo cual ha conllevado a que los instrumentos internacionales vayan precisando la aplicación, alcance y protección específica del mismo. Así el 16 de noviembre de 2000, se determinaron

los grandes fortalezas de la libertad y no puede ser restringida jamás por gobiernos despóticos". Por su parte la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estableció la libertad de opinión en su art. 10 que decía: "*Nadie puede ser molestado por sus opiniones... con tal que no perturbe el orden público establecido en la ley*", y el art. 11, iba más allá, ya que establecía que: "*la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos derechos del hombre; en efecto todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por abuso de la libertad, en los casos determinados por la ley*". Véase SAGÜÉS, N. P., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007, pág. 691 y ss. En igual sentido COLAUTTI, C. E., *Derechos Humanos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, Pág. 143 y ss.

los principios de Lima para la Libertad de expresión y el acceso a la información en poder del Estado. Estos principios siguen los lineamientos reconocidos en la *Declaración de Chapultepec de 1994* y los *Principios de Johannesburgo de 1996* referidos a “seguridad nacional, libertad de expresión y acceso a la información”.

Abonando a esa tendencia, en sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2007 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos¹⁵ manifestó la importancia de que los Estados tomen medidas para el reconocimiento y garantía del derecho de acceso a la información. Resolviendo:

“Reafirmar que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones (...) y que el acceso a la información pública es requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”, e instar a los Estados miembros a que respeten y hagan respetar el acceso de todas las personas a la información pública y promuevan la adopción de las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento efectivo. Además alentó a los Estados, que de acuerdo al compromiso adquirido en Nuevo León, Estado de la República de los Estados Unidos Mexicanos, para elaborar marcos jurídicos con el fin de brindar a los ciudadanos el amplio acceso a la información pública.

4 Regulación Derecho de Acceso a la Información en El Salvador

4.1 Fundamento Constitucional

La Constitución salvadoreña, que data desde el 20 de diciembre de 1983, en el art. 6, inciso primero estipula que:

“toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan”.

La Constitución no reconoce, ni siquiera el derecho a la información, menos aun el derecho de acceso de información pública. Sin embargo,

¹⁵ Resolución de la Asamblea General 2288 (XXXVIII-O/07), Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, Pág. 2.

haciendo una interpretación extensiva, relacionando la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce en el art. 13 de manera amplia sobre todo el derecho de información.

Sumado a que el artículo 144 de la Constitución que dispone que los tratados constituyen leyes de la República con rango superior a las leyes secundarias. Es posible concluir que ambos derechos están reconocidos de manera implícita, por tanto integrados dentro el catálogo de derechos reconocidos y garantizados en el referido art. 6 de la Constitución, por tanto exigibles la tutela a los poderes públicos por los mecanismos procesales de índole constitucional.

Al respecto la Sala de lo Constitucional¹⁶ ha expresado, que el derecho fundamental a la libertad de expresión como el derecho de información, son componentes esenciales de nuestra forma de gobierno del Estado Salvadoreño, el que se define como: “*Republicano, Democrático y Representativo*” consagrada en el art. 85 de la Constitución. Dado que, estas libertades, permiten a toda persona expresar sus opiniones y valoraciones sobre la realidad circundante, en la búsqueda de la verdad, y con ello manifestar sus puntos de vista o críticas sobre los hechos que ocurren en dicha realidad. Ambos derechos son manifestaciones de los valores que fundamentan los derechos del individuo: libertad, igualdad y, especialmente, dignidad, que se reconocen en el art. 1 del estatuto constitucional. En suma, debemos de entender que tales libertades son la piedra angular de una sociedad democrática.

4.2 Primeras Leyes de su Regulación

Nuestro país, a raíz de la ratificación de las Convenciones Interamericana (1998) y la Convención de las Naciones Unidas (2004), para el combate de la corrupción, como ya lo expresamos, comenzó un proceso de creación de nuevas leyes para fomentar la ética pública y la transparencia en el quehacer de la Administración Pública.

Por tanto, en un primer momento se reformó el Código Municipal que regula el funcionamiento de los 262 Gobiernos Municipales incorporando en su contenido una sección “*sobre transparencia*” en el 2006, donde se adicionan los arts. 125-A y 125-F, y se reconoce el derecho de la población a acceder a la información de la administración municipal. Esta

16 Sentencia de Inconstitucionalidad del 24 de septiembre de 2010, ref. 97-2007

información recae sobre el funcionamiento del Gobierno Municipal, obras realizadas para ejercicio fiscal y en el manejo de los fondos municipales.

Además se estableció la obligación de las autoridades locales de presentar informes sobre su gestión. Pese a que dichas reformas reconocieron el derecho de acceder a la información municipal, no se fijaron plazos para responder, no se establecieron sanciones por incumplimiento; y para el caso de los acuerdos municipales, solo tienen “acceso a la información contenida en ellos, aquellos ciudadanos que directamente resulten afectados por los mismos”. El referido Código manda a los gobiernos locales a desarrollar los procedimientos de transparencia y participación ciudadana a través de ordenanzas, algo que ninguna municipalidad ha realizado.

Seguidamente, en noviembre de 2007, se promulga la *Ley de Ética Gubernamental*, aunque su objeto es diferente, se estipularon disposiciones que de manera indirecta regulaban el derecho de acceso a la información pública. Para el caso el art. 6 literal e) determinó como prohibición ética:

“negarse a proporcionar información de su función pública, exceptuando las que establecen la Constitución y la ley”; y el art. 5 literal f), establece como un deber “guardar la discreción debida, respecto de los hechos e informaciones en el ejercicio de sus funciones, siempre que no afecte el interés público”.

Ante el incumplimiento de las referidas disposiciones, puede un ciudadano denunciar al servidor público que ha cometido los hechos ante el Tribunal de Ética Gubernamental, pero no se hacía efectivo la observancia del derecho de acceso a la información pública de manera plena.

4.3 La Nueva Normativa del Derecho de Acceso Información Pública

Después de aproximadamente de 3 años de discusión de la manera de cómo se iba a regular el “derecho de acceso a la información pública”, la Asamblea Legislativa, promulgó en marzo de 2011, la Ley de Acceso a la Información Pública¹⁷, (en adelante LAIP) y entró en vigor en

17 La primera ley que reconoce el derecho a la información pública, tenemos la Ley sobre la libertad de información de los Estados Unidos de América de 1966, que consagró el principio “*la información poseída por la información poseída por la Administración Pública pertenece al pueblo*”. Quedando de este modo el principio democrático que todos los actos del gobierno debe de ser públicos, salvo excepciones legales correspondientes.

mayo de 2012. Su objeto es garantizar según prescribe el artículo 9 de LAIP, “el derecho a toda persona por sí o por medio de su representante, sin necesidad de acreditar interés legítimo o derecho precedente” a solicitar y recibir información generada, administrada en el poder de la Administración Pública, incluso a las Sociedades de economía mixta, o cualquier entidad que administre fondos públicos y bienes del Estado.

Haciéndose extensiva su aplicación a entidades privadas que administren información estatal, a título de contrataciones públicas, concesiones de obras o servicios públicos. La información requerida por la persona debe darse de manera oportuna y veraz, sin sustentar interés o motivación alguna, según prescribe los artículos 1, 2 y 7 de ley. Todo con el fin de contribuir a la transparencia de las actuaciones administrativas.

El derecho de acceso a la información posee la condición indiscutible de derecho fundamental, anclada en el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión. Este derecho tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir informaciones de toda índole, pública o privada, que tengan interés público; y el principio democrático del Estado Republicano de Derecho, que impone a los poderes públicos el deber de garantizar la transparencia y la publicidad en la Administración, así como la rendición de cuentas sobre el destino de los recursos y fondos como relevancia pública.

La protección constitucional de la búsqueda y obtención de información se proyecta básicamente frente a los poderes públicos –órganos del Estado, sus dependencias, instituciones autónomas, municipalidades– y cualquier entidad, organismo o persona que administre recursos públicos o bienes del Estado o que en general ejecute actos de la Administración pues existe un principio general de publicidad y transparencia de las actuaciones del Estado y la gestión de fondos públicos¹⁸.

4.4 Delimitación Legal de lo que Constituye Información Pública

Se entiende por información pública a: “toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o de cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por los sujetos obligados o que obre en su poder o bajo control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por fondos públicos, o que sirva de

18 Sentencia de Inconstitucionalidad referencia 35-2016 de 12 de mayo de 2017.

base para una decisión administrativa. Incluyendo las actas de las reuniones oficiales.” De acuerdo con esta formulación, según el art. 6 de la LAIP, las variables que deben ponderarse al referirse a la información pública, son las siguientes:

- Si el documento está bajo el control del organismo;
- Si ha generado, obtenida o transformada dentro del organismo;
- Si se encuentra agregado a los expedientes o registros de datos o base de datos;
- Si es utilizado por el organismo para cualquier propósito;
- La documentación puede ser desde el clásico papel, hasta los más actuales soportes de almacenamiento de datos según las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento.

4.5 Información Reservada

Los principios rectores de la LAIP, en el cual se destaca el de “máxima publicidad”, basado en que toda información en poder de la Administración es pública. De hecho la misma LAIP, obliga a todos los entes regulados por ella ha divulgar información de manera oficiosa relacionados a todo el quehacer administrativo de cada ente (por ejemplo: procedimientos de contrataciones y adquisiciones públicas, actas de las sesiones ordinarias y extraordinarias de los organismos colegiados en lo que corresponda a temas de ejecución del presupuesto o cualquier otro tema de interés informativo).

Toda esta información puede ponerse a disposición en los portales electrónicos o sitio *web*, con el deber de que cada Unidad responsable del cumplimiento de la LAIP, estará actualizando constantemente, a este tipo de información la LAIP, le llama “información oficiosa”, porque es un deber hacerla pública, sin que medie una solicitud de una persona.

Cabe destacar que el concepto de “publicidad” reconocido en el LAIP, no se refiere a la promoción de bienes y servicios a través de medios de información, sino el hecho de hacer público un conjunto de datos sobre las entidades públicas que permitan a las personas conocer donde pueden buscar con mayor precisión la información que es de su interés y de connotación pública. Esta obligación surge, en virtud del “principio de transparencia” que debe de actuar la Administración frente al conglomerado social.

No obstante, se prescriben excepciones legales, para efecto de difusión y acceso a la información de carácter público. Así tenemos, según la LAIP la información reservada y la información confidencial que se encuentra vinculada a la privacidad de las personas y que será tratada en el apartado siguiente.

La información se considerará reservada de conformidad como reservada al art. 19 LAIP, cuando su difusión comprometa los planes militares secretos y negociaciones políticas se refiere el artículo 168 ordinal 7 de la Constitución; la que perjudique o ponga en riesgo la defensa nacional seguridad pública¹⁹ y; la que menoscabe las relaciones internacionales o la conducción de negociaciones diplomáticas del país; la que ponga en evidente peligro la vida, seguridad o salud de cualquier persona; la que causare un serio perjuicio en la prevención, investigación o persecución de actos ilícitos en la administración de justicia, entre otras.

Un aspecto a destacar de la LAIP, es que ella sigue el criterio adoptado por algunas leyes latinoamericanas²⁰, al considerar que no podrá invocarse el carácter de reservada cuando se trate de la investigación de graves violaciones de derecho humanos o delitos de trascendencia internacional.

La información clasificada como reservada, permanecerá como tal hasta por un plazo de siete años, pudiendo ser desclasificada cuando se extingan las causas que dieron origen a esa clasificación, aun antes de la finalización del referido plazo. Toda declaración de reserva por el ente administrativo, deberá ser motivada, debiendo contener ésta, el órgano o fuente que produjo la información, la fecha o el evento establecido y la autoridad que adoptó la decisión de reservar la información. Todo con el propósito de ostentar de la divulgación contenida en los documentos requeridos por el ciudadano causaría un daño presente y específico.

Al respecto, merece especial atención el contenido del artículo 21 de dicho texto legal, el cual señala las circunstancias que deben suscitarse para emitir dicha declaratoria. Estas son:

19 El RLAIIP, en el art. 2, la define como *“toda acción o actividad, directa e indirecta, destinada a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado y sus dirigentes, su gobernabilidad democrática, defensa exterior, la integridad del territorio nacional y sus instituciones, incluyendo todas aquellas acciones o actividades tendientes a proteger las condiciones permanentes de libertad, desarrollo económico, paz y bienestar social.”*

20 Véase como a manera a de ejemplo: La Ley N° 18.381 de Acceso de Información Pública del Paraguay; Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú.

a) que la información encaje en alguna de las causas de excepción previstas en el artículo 19 de la LAIP, las cuales constituyen verdaderos límites al principio general de máxima publicidad;

b) que la liberación de la información amenace realmente el interés jurídicamente protegido, y;

c) que el daño que pudiera producirse con la liberación de la información sea mayor que el interés público de conocerla.

El referido artículo 19 expresa que el derecho de acceso a la información pública puede ceder, y en consecuencia, el Ente obligado estaría habilitado para emitir una declaratoria de reserva, en aquellos casos en que, con la publicación de determinada información, puedan afectarse la defensa nacional, la seguridad pública, la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona (letras b y d) o generarse una ventaja indebida para una persona en perjuicio de un tercero (letra h).

Los motivos que permiten emitir una declaratoria de reserva de información, previstos en el artículo 19 de la LAIP, no pueden ser invocados abusivamente por las instituciones obligadas.

"Ello se afirma teniendo en cuenta la conexión del derecho de acceso a la información pública con los valores democráticos, lo que supone una carga argumentativa a su favor; en consecuencia, para que pueda ser limitado, no basta una causa legalmente establecida, sino que debe existir una justificación objetiva importante."

Por ende, previo a declarar reservada determinada información pública, la autoridad obligada debe ineludiblemente comprobar la concurrencia de cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 19 de la LAIP, así como la forma en que tales circunstancias representan un riesgo real de menoscabo al derecho o interés que se pretende proteger.

Es de recordar que, el hecho de declarar información con el carácter de reservada, como lo sostiene el jurista mexicano Tenorio Cueto²¹:

"no se hace con el fin de disfrazar la discrecionalidad o arbitrariedad, donde el funcionario se refugia para que no se conozca sus actuaciones públicas, al contrario la declaratoria de reserva de la información es proteger el interés público y la supervivencia misma del Estado".

21 TENORIO CUETO, G. A., *Derecho Administrativo: perspectivas contemporáneas*, en AA.VV., "la Constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental", (obra coordinada por Luis José Béjar Rivera), Porrúa-Universidad Panamericana, México DF, 2009, Págs. 114-115.

4.6 Información Confidencial y Protección de Datos

Otras de las excepciones al principio de máxima publicidad (art. 24 LAIP), son la información confidencial, la referente a la intimidad personal y familiar, al honor y la propia imagen, la divulgación de archivos médicos que constituyan invasión a la privacidad. Esto porque constitucionalmente, constituye una limitación al derecho de acceso a la información, según los arts. 6 y 13 de la Convención Americana de Derecho Humanos.

También se encuentran dentro de este ámbito los datos personales²² y datos personales sensibles²³ que requieren el consentimiento expreso de los ciudadanos para su difusión, y los secretos profesionales, comerciales industriales, fiscales, bancarios, fiduciarios u otro considerados como tal en por una disposición legal. La LAIP en el artículo 31 reconoce el derecho de toda persona a saber si se están procesando sus datos personales y además a conseguir una reproducción inteligible de ella, sin demora. Y a obtener las rectificaciones o supresiones que correspondan cuando los registros sean injustificados o inexactos y conocer lo destinatarios cuando esta información sea transmitida, permitiéndole conocer las razones que motivaron su petición (por ejemplo para verificar la identidad de una persona).

El acceso de los datos es exclusivo de su titular y su representante legal, por tanto su entrega debe ser expedita debiendo únicamente el individuo pagar los costos correspondientes. En consecuencia, se prohíbe difundir y comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información administrados en el ejercicio de sus funciones, salvo como ya apuntamos, que medie consentimiento expreso del titular.

Los *datos personales* son signos y distintivos que aportan información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo de personas físicas y jurídicas identificadas o identificables, los cuales permiten determinar, directa o indirectamente, su identidad física, filológica, psíquica, cultural o social. Dentro de esta categoría se

22 La LAIP, en el art. 6 literal a), los define "como la información privada concerniente a una persona, identificada o identificable, relativa a su nacionalidad, domicilio, patrimonio, dirección electrónica, número telefónico u otra análoga".

23 Según la LAIP, en el art. 6 literal b), corresponden como tal, "a los datos de una persona en lo referente al credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral y familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

distingue un conjunto de datos que revelan una esfera más privada del sujeto, que puede decidir reservar para sí o algunas personas pues su publicidad o uso por terceros podría ocasionar una invasión desproporcionada en la intimidad personal, razón por la cual se les denomina datos sensibles.

Los *datos personales sensibles* se refieren a la información que alude a la pertenencia racial o étnica de un individuo, a sus preferencias políticas, su estado individual de salud, sus convicciones religiosas, filosóficas o morales, su intimidad u orientación sexual y, en general, a toda información que fomente prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias.

Este tipo información no puede ser accesible a todos por carencia de trascendencia pública. La Administración tiene la obligación de proteger la información y sólo podrá difundirse cuando la persona así lo permita, o bien cuando forme parte de las estadísticas que tienen un interés informativo.

Como dice el profesor Delpiazzo²⁴:

“no puede confundirse la información con los datos personales que puedan formar parte de un expediente o registros administrativos. El poder ciudadano de acceder a la información en poder de la Administración Pública no alcanza a toda a la información, sino a la calificable como pública”.

4.7 Organismos Administrativos y Procedimientos para el Cumplimiento del Derecho de Acceso a la Información

Para garantizar el acceso a la información la LAIP, establece la creación de organismos administrativos. En principio según el art. 48 de la LAIP, determina que en cada ente obligado, se cree la “Unidad o Unidades de Acceso a la información”, en razón de la estructura organizacional de la institución. Dirigido por un “Oficial de Información”, que será nombrado por el titular de la Institución. Según el art. 50 de la LAIP, entre las principales facultades de este funcionario, podemos señalar las siguientes:

- Recabar y difundir la información oficiosa y propiciar que las entidades responsables las actualicen periódicamente;

²⁴ DELPIAZZO, C., *Los derechos a la privacidad y a la transparencia pública*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, Año 11, N° 11, 2011, Pág. 74.

- Recibir y dar trámite a las solicitudes referentes a datos personales a solicitud del titular;
- Realizar los trámites internos necesarios para localización y entrega de la información solicitada y hacer las notificaciones respectivas;
- Instruir a los servidores de la dependencia o entidad para garantizar el ejercicio del acceso a la información requerida;
- Garantizar y agilizar el flujo de información entre la dependencia o entidad y los particulares;
- Resolver sobre las solicitudes de información que se les sometan;
- Establecer procedimientos internos para asegurar la mayor eficiencia en la gestión de las solicitudes de acceso a la información y,
- Elaborar un índice de la información clasificada o reservada.

Asimismo la LAIP, en el art. 51, crea el “Instituto de Acceso a la Información Pública”, como una institución de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía administrativa y financiera. Estará integrado por cinco Comisionados y sus respectivos suplentes, quienes serán nombrados por el Presidente de la República, quien elegirá de las ternas propuestas por las asociaciones empresariales, de profesionales, de periodistas, sindicatos y una terna enviada de la Universidad de El Salvador y las Universidades privadas²⁵. Entre las principales atribuciones podemos mencionar:

- Velar por la correcta interpretación y aplicación de la ley;
- Garantizar el debido ejercicio derecho de acceso a la información y la protección de la información personal;
- Promover una cultura de transparencia entre la sociedad y los servidores públicos;
- Conocer y resolver de los recursos de apelación que se le planteen;
- Conocer del procedimiento sancionatorio, dictar medidas cautelares que fueren necesarias e imponer las sanciones correspondientes;
- Establecer los lineamientos para el manejo, mantenimiento, seguridad y protección de los datos personales y de la información pública confidencial y reservada en posesión de las dependencias y entidades;
- Elaborar una guía de procedimientos de acceso a la información pública, y
- Desarrollar cursos de capacitación a los servidores públicos en materia de transparencia, acceso a la información, protección de datos personales; y, administración de archivos.

²⁵ El procedimiento para determinar las ternas correspondientes se encuentra en los arts. 53 y ss. de la LAIP y en los art. 63 y ss. del RLAIP, para constituir el Instituto.

El procedimiento para obtención de la información pública de parte de cualquier persona incluyendo los menores de edad, es sencillo, puede hacerlo de forma escrita, verbal (en formularios puestos a disposición por el Instituto), electrónica y por cualquier otro medio idóneo. Los entes obligados deberán de entregar únicamente la información que se encuentre en su poder. Esa información puede ser entregada por medio electrónicos, copias certificadas y por medios magnéticos y si el interesado aporta el medio en será almacenada la información, la reproducción será gratuita. La entrega de la información debe ser total, tal como se ha solicitado, sin embargo la Administración puede indicarle en la resolución respectiva al peticionario si la información se encuentra en sitio *web*, y la forma en que puede reproducirla.

La respuesta de la solicitud deber hacerse en el menor tiempo posible, que no podrá ser menor de diez días hábiles, contados desde la presentación de aquella, siempre que la información generada no exceda de cinco años, y si ésta excede de dicho plazo podrá ampliarse diez días hábiles más. Si la información es compleja u otras circunstancias excepcionales, por resolución motivada podrán ampliarse un plazo adicional de cinco días más. La resolución del Oficial de Información deberá ser por escrito y será notificada al interesado. En todo caso si se deniega la información se deberá de motivar las razones legales por lo cual resuelve la denegativa. Las resoluciones que denieguen la entrega de la información o las que declaren la inexistencia de la misma, podrá interponerse recurso de apelación ante el Oficial de Información o Instituto de Acceso a la Información Pública, dentro de los cinco días hábiles de la fecha de la notificación. Lo cual Instituto tendrá quince días hábiles para resolver el recurso (artículos 82 y ss.).

Si la Administración no responde a una solicitud de información, habilitara al solicitante para que acuda al Instituto, dentro de los quince días hábiles siguientes, para que éste determine si la información solicitada es o no reservada o confidencial, en un plazo de diez días hábiles. Si determina que la información es de acceso público ordenará conceder la información, sin perjuicio que inicie un procedimiento administrativo sancionador contra el responsable del asunto, si existieren indicios del cometimiento de una infracción. En virtud de haberse denegado el acceso el acceso a la información

Finalmente si cualquier funcionario, sea el Oficial de Información y del Instituto de Acceso a la Información Pública, incurran en una ilegalidad

al momento de emitir sus respectivas resoluciones administrativas, el ciudadano podrá incoar la acción contenciosa administrativa, o cuando se trate de la violación directa del derecho constitucional de acceso a la información, reconocido de forma implícita en el art. 6 de la Constitución puede interponerse la demanda de amparo contra dicho funcionario o autoridad administrativa.

5 Tutela al Derecho al Acceso a la Información Pública

5.1 Aspectos Preliminares

La Ley de Acceso a la Información Pública en El Salvador desde que entró en vigor se visualizó como una herramienta ciudadana para garantizar la transparencia administrativa y mejorar la gestión pública. Donde el instituto de Acceso a la información pública ha tenido una labor fundamental en garantizar la entrega de la información cuando es denegada de forma injustificada de parte de un Ente de la Administración.

En los últimos años, hemos visto como en efecto la Ley de Acceso a la Información Pública a través del Instituto de Acceso a la Información Pública ha marcado un hito importante para los ciudadanos en El Salvador, ya que ha obligado a entregar información de la Asamblea Legislativa sobre la contratación de asesores legislativos que por muchos años fue considerada confidencial lo cual fomenta la corrupción y opacidad. Pero posteriormente el Instituto dio una vuelta de tuerca en el sentido de no interpretar la ley según el principio de máxima publicidad y denegó la entrega de información de la Presidencia relativa a los viajes del Presidente y sobre los gastos de publicidad del gobierno. Veamos a continuación como se ventilaron cada uno de estos casos.

5.2 Obligación de Entregar Información a la Asamblea Legislativa

Este caso se originó en virtud de un recurso de apelación que interpuso un ciudadano sobre la denegación de la Unidad de Acceso de la Información Pública de la Asamblea Legislativa sobre la entrega del listado del listado de asesores que tiene cada fracción legislativa sus responsabilidades y el salario devengado.

El Instituto admitió el recurso administrativo de apelación²⁶ y determinó a los de tales personas en calidad de servidores públicos no son datos que afectan a la esfera más íntima, ni consideradas informaciones personales sensibles como sí lo serían, por ejemplo, las cuestiones referentes al credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral y familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El asesor es la persona que, por razón de su profesión u oficio, aconseja o ilustra a otra con sus dictámenes, presumiéndose que cuenta con instrucción en una ciencia o materia, concluyéndose que la función pública que realiza dentro de un órgano del Estado no significa revelar una ideología política por el solo hecho de trabajar para un determinado grupo parlamentario. Ello más aún cuando el artículo 10 número 6 de la LAIP establece que la determinación de sus respectivas funciones es “información pública oficiosa”.

Dado que las remuneraciones o salarios de dichos asesores provienen de recursos públicos, ante la fiscalización ciudadana al ejercicio de la función pública y el deber de rendir cuentas de aquéllos, debe estimarse que en caso de duda sobre si una información es de carácter público o está sujeta a una de las excepciones, este Instituto deberá hacer prevalecer el criterio de máxima publicidad y en consecuencia, ordenará que se entregue dicha información al solicitante (artículo 4 letra a. y 5 de la LAIP).

Por tanto, ordenó al Presidente de la Asamblea Legislativa a que a través de su Oficial de Información permita al ciudadano, tener acceso a la información solicitada, entregándole un listado con los nombres y apellidos de los asesores de ese órgano del Estado, tanto a nivel institucional como por grupos parlamentarios, así como el salario mensual que devengan, en el plazo de tres días hábiles siguientes a la notificación de esta resolución definitiva, y requiriéndoselo para tal efecto al Gerente de Recursos Humanos de ese ente obligado a la Ley. Esta resolución administrativa fue impugnada por la Junta Directiva de la Asamblea ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

26 Resolución del Instituto de Acceso a la Información Pública de 25-A- 2013 de 18 septiembre de 2018.

5.3 Denegación de Información de la Presidencia de la República

La Presidencia de la República denegó entregar información concerniente a los viajes del Presidente de la República y la Primera Dama y a las actividades protocolarias derivadas de las visitas de funcionarios extranjeros en el periodo junio 2009-mayo 2014; en ambos casos apelando a las letras b) y d) de la LAIP, dado que, según la autoridad demandada, la publicación de tales datos pondría en riesgo, por un lado, la seguridad pública y la defensa nacional y, por otro lado, la vida y la seguridad de las personas involucradas.

De la misma manera denegó información sobre los servicios de agencias de publicidad relativa a los montos globales anuales que en dicho concepto había erogado desde el año 2010, manteniendo en reserva el resto de datos en virtud del presunto riesgo de colusión que implicaría una declaratoria de acceso público; amparándose para ello en el artículo 19 letra h) de la Ley de Acceso a la Información Pública. Este caso llegó al conocimiento de la Sala de lo Constitucional, por medio de una demanda de amparo²⁷. Sobre ambas pretensiones resolvió lo siguiente:

Sobre los viajes del Presidente de la República sostuvo que no debe abusar de la posibilidad de realizar viajes al exterior. Cualquier misión oficial debe estar justificada, lo cual implica que se debe contar con la información que la respalde (v. gr., motivos del viaje, duración y actividades que se realizarán durante la misión), pues la ausencia del territorio nacional debe atender a la celebración de tratados internacionales o a la ejecución de la política exterior del gobierno. En el caso de un viaje de carácter personal, también es necesaria su justificación, por lo que se debe contar con información que lo respalde por ejemplo: motivos del viaje y su duración), para así impedir que se produzca una especie de “abandono de funciones” cuando los viajes al exterior son frecuentes.

Por otra parte, también sostuvo que los motivos que permiten emitir una declaratoria de reserva de información, previstos en el art. 19 de la LAIP, no pueden ser invocados abusivamente por las instituciones obligadas. Ello se afirma teniendo en cuenta la conexión del derecho de acceso a la información pública con los valores democráticos, lo que supone una carga argumentativa a su favor; en consecuencia, para que pueda ser limitado, no basta una causa legalmente establecida, sino que

27 Sentencia definitiva de amparo referencia 713-2015 de 1 septiembre de dos mil dieciséis.

debe existir una justificación objetiva importante. Por tanto, previo a declarar reservada determinada información pública, la autoridad obligada debe ineludiblemente comprobar la concurrencia de cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 19 de la LAIP, así como la forma en que tales circunstancias representan un riesgo real de menoscabo al derecho o interés que se pretende proteger.

Finalmente advirtió que la información sobre los viajes efectuados para cumplir misiones oficiales y los gastos en los que se haya incurrido en ocasión de las mismas no implica *per se* un riesgo para la seguridad del Presidente de la República –y de la Primera Dama–, pues la misma no tiene como finalidad publicitar o exponer los planes adoptados para resguardar su vida e integridad, sino controlar las ausencias de dicho funcionario durante el ejercicio de la función constitucional encomendada, así como garantizar la rendición de cuentas y la transparencia, es decir, funciona como explicación de sus acciones, como muestra de su funcionamiento, con el fin de posibilitar la evaluación de los ciudadanos. En ese sentido, debido a que la información sobre los viajes efectuados por el mencionado funcionario en misiones oficiales y los gastos en los que se haya incurrido para su concreción no posee conexión con la alegada seguridad del Presidente de la República y la Primera Dama, los datos que la constituyen deben ser del conocimiento público, ya sea de manera previa, durante o posterior a la realización de un evento concreto.

Sobre la información sobre los servicios de agencias de publicidad consideró la Sala de lo Constitucional que la autoridad demandada no realizó una adecuada ponderación del derecho de acceso a la información pública y el alegado riesgo de colusión que conllevaría publicar la información sobre agencias de publicidad contratadas por la Presidencia de la República para el fin antes anotado. Así, *la existencia de ciertas condiciones en el mercado salvadoreño de agencias de publicidad no implica necesariamente un riesgo inminente de colusión entre empresas, tal como lo infiere la autoridad demandada*. No hay, en este caso, una base objetiva sólida que permita inferir la existencia de tal riesgo, pues únicamente se enuncian ciertas características –no todas las que contempla el informe que sirvió como base para la resolución impugnada– que tornan dicha actividad económica proclive a la formación de tales pactos; pero no existe evidencia de que, en efecto, haya un grupo de empresas que pretenda beneficiarse con la obtención de dicha información. De hecho, la solicitud de información originalmente

provino de dos ciudadanos vinculados con una organización no gubernamental que, *prima facie*, no tiene nexo alguno con el sector de agencias de publicidad.

Aunque el bien jurídico que se busca proteger con la excepción al libre acceso invocada, la libre competencia, tiene relevancia constitucional (art. 110) y que, de materializarse el presunto riesgo, el afectado sería el Estado en sus finanzas, no puede soslayarse el hecho de que, en el caso examinado, dicho bien jurídico-constitucional se ha conectado con un rubro, el de la publicidad, que no es un servicio esencial para la población –como la salud, la educación o la seguridad–, sino que es superfluo y oneroso y, en todo caso, podría canalizarse a través de los medios de comunicación oficial existentes. Por el contrario, el derecho de acceso a la información pública, sobre todo cuando se refiere a actividades que normalmente no son del conocimiento de la población y que, por tal razón, pueden desviarse de su cauce regular, es vital para la democracia, ya que permite a los ciudadanos legítimamente auditar la gestión del gobierno y detectar posibles actos de corrupción.

Al final la Sala de lo Constitucional, con el propósito de hacer efectiva la tutela de los intereses difusos cuya vulneración se determinó que la Presidencia de la República que publique la información relativa a: a) los gastos del diseño, producción e implementación de campañas del año 2010 y sus prórrogas, incluyendo los nombres y características de la contraparte, los plazos de cumplimiento y ejecución y la forma de contratación; b) el listado de viajes internacionales realizados con fondos públicos por el Presidente de la República y la Primera Dama, y c) los gastos de las actividades protocolarias realizadas en ocasión de visitas de funcionarios extranjeros durante el periodo comprendido entre el 1-VI-2009 y el 31-V-2014, tanto las ejecutadas directamente por la Presidencia de la República como las realizadas mediante contrataciones directas o licitaciones adjudicadas a proveedores privados, incluyendo el objeto.

6 Reflexiones Finales

1^a La transparencia es uno de los principios éticos que todo servidor público debe aplicar en el ejercicio de su función, de ahí la necesidad de hacer valer el ejercicio del derecho de acceso a la información pública para generar confianza en el conglomerado social y que sus

representantes están actuando adecuadamente y que la cosa pública está administrada con probidad y eficiencia.

2^a El derecho de acceso a la información constituye un derecho fundamental, reconocido en los instrumentos internacionales, en el derecho comparado y en el derecho salvadoreño. Que permite a toda persona a acceder a datos, registros en poder de la Administración, incluso a empresas prestadoras de servicios públicos, pero de orden privado.

3^a Ese derecho es una herramienta clave en el desarrollo del Estado Democrático de Derecho, ya que por medio de éste derecho, los ciudadanos exigir a los entes públicos la transparencia administrativa y combate de la corrupción en la esfera pública. Imponiendo a los funcionarios la obligación de rendición de cuentas por sus actos por medio de la publicidad hacia a la sociedad.

4^a La información en poder de la Administración Pública es de todos. Pero es evidente que existe un núcleo de información a la que no posible acceder, por tener el carácter de reservada y confidencial, que por razones propias de los intereses públicos y la colisión de otros derechos fundamentales, como el honor y la privacidad de las personas, no tiene el carácter de público.

5^a Finalmente en el siglo XXI, la difusión y el control de los actos de la Administración no es una simple concesión, más bien constituye un derecho fundamental del conglomerado social de conocer, evaluar y controlar el desempeño de los servidores públicos, una obligación ineludible en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Bibliografía

BLONDET ABREU, R., *Derecho de Acceso a la Información*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, Año 11, N° 11, 2011.

DELPIAZZO, C., *Los derechos a la privacidad y a la transparencia pública*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo”, Año 11, N° 11, 2011.

COLAUTTI, C. E., *Derechos Humanos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995.

Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo IX, Edición conjunta Rubizal-Culzoni editores y Universidad Autónoma de México, Buenos Aires, 2007.

- NAESSENS, H., Ética pública y transparencia, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades-Universidad Autónoma del Estado de México- Toluca, México, Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica.
- LAVALLE COBO, D., *Derecho de acceso a la información pública*, Astrea, Buenos Aires, 2009
- PALAZZO, J. L., *et al*, *La Transformación del Estado: tendencias actuales, innovaciones en el derecho italiano y europeo*, Depalma, Buenos Aires, 1992
- RODRIGUEZ-ARANA, J. *Dimensión ética*, Dikynson, Madrid, 2000.
- RODRIGUEZ-ARANA, J., *La reforma Administrativa en España, novum*, México DF, 2011
- SAGÜÉS, N. P., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007.
- TENORIO CUETO, G. A., *Derecho Administrativo: perspectivas contemporáneas*, en AA.VV., “la Constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental”, (obra coordinada por Luis José Béjar Rivera), Porrúa-Universidad Panamericana, México DF, 2009
- SCHEDLER, A., *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Cuadernos de transparencia, número 3, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2004.

Elementos del Control de la Administración Pública, desde la Perspectiva del Derecho Administrativo

Karlos Navarro *

Una de las características generales de los países en Centroamérica ha sido el rezago institucional, producto de regímenes políticos, que estuvo sustentado por décadas de una visión autoritaria, patrimonialista y clientelar que bloqueó los espacios públicos, limitó la participación ciudadana y el establecimiento de una estrategia política de desarrollo.

A partir de los años ochenta y sobre todo en la década de los noventa, el escenario socioeconómico y político cultural de la región centroamericana, se transforma significativamente con la profundización de la globalización, los procesos de reestructuración económica y las transiciones democráticas.

Las condiciones socioeconómicas y políticas de los países que se profundizaron simultáneamente con los procesos de cambios mencionados, crearon situaciones de inestabilidad política, de incertidumbre institucional y de inseguridad.

Los desafíos de los gobiernos para responder a las transformaciones en curso se exteriorizan junto a la incapacidad de respuesta a las demandas sociales, de falta de legitimidad democrática, deterioro de la política, crisis fiscal, aumento de la pobreza y deterioro de las condiciones sociales y cambios demográficos, para mencionar algunos. Como resultado, en los países de centroamericano se percibe una brecha enorme entre Estado-Sociedad.

Tras cuatro décadas y media de democratización y de reformas económicas inspiradas en la concepción neoliberal, las democracias emergentes de la región siguen confrontándose en una serie de desafíos para consolidar ambos procesos de manera simultánea.

* Director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.

Este hecho se debe a que las reformas institucionales de primera generación, pretendían, en primer lugar, la liberalización financiera y comercial de los mercados nacionales y su inserción en una economía globalizada, a fin de superar las condiciones necesarias para la superación de los problemas apremiantes de la región.

Sin embargo, estas reformas se mostraron incapaces de crear tanto las condiciones de desarrollo sostenible, como por ejemplo la reducción de la pobreza y la desigualdad. A pesar de los efectos distributivos inmediatos de la baja de las altas tasas de inflación, el crecimiento no fue capaz de disminuir la vulnerabilidad de las economías frente a la especulación financiera.

La revisión de las reformas de primera generación, ampliaron la agenda introduciendo la necesidad de reformas institucionales y de invertir en la educación, dando origen a la actual discusión sobre el rol del capital social y humano en el proceso de desarrollo económico.

La búsqueda de soluciones para la crónica crisis de gobernabilidad de América Latina encontró apoyo y fuente de inspiración teórica en las corrientes del neoinstitucionalismo y en las teorías de la economía conocidas como *public choice*. A partir de ese cuerpo teórico se diseñaron las estrategias de reforma institucional para la región, en áreas tan distintas como la reforma judicial, seguridad social, servicios sociales, y otros.

Como se conoce, esta tesis reconoce el modelo de mercado desregulado y la globalización, pero insisten en que necesitamos instituciones inteligentes, estados orientadores capaces de fomentar nuevas capacidades estatales de conducción, y, junto con una sociedad civil participativa elaborar nuevos contratos sociales. Los instrumentos son construcción de capacidades institucionales, capital social, descentralización y redes.

El conjunto conduce a un modelo de economía desregulada, mejor monitoreada, con democracias nacionales más abiertas y medidas menos estándar y más adaptadas. La gobernabilidad aquí se refiere a una capacidad de gerencia y dirección abierta y flexible por parte del gobierno, las instituciones y la sociedad.

Es necesario destacar que también en este periodo se dieron reformas del aparato administrativo del Estado, que fue también ampliamente difundida, a través de una laboriosa acción de consultores internacionales, permitiendo la apropiación de instrumentos innovadores en el campo de la gerencia pública.

La nueva gestión pública ha sido el paradigma de reforma administrativa prevaleciente hasta mediados de los 90, sin embargo no se aplicó en todos los países por igual -tuvo gran influencia en los países angloamericanos aunque con grandes diferencias entre ellos, menos en los países nórdicos y escasa en los países de matriz latina y germánica. En España su influencia práctica ha sido escasa aunque desigual.

La nueva gerencia pública ha impregnado desde luego el discurso sobre la administración pública y legitimado la fuerza que los gerentes han tomado en muchas administraciones, especialmente locales y autonómicas.

Las reformas desarrolladas a la sombra de la nueva gestión pública responden a un cuerpo de ideas desigualmente compartidas. Algunas de ellas fueron muy ampliamente compartidas y constituyeron un cuerpo de ideas ampliamente compartido acerca de cómo organizar y operar el sector público. Entre ellas:

El desempeño mejora cuando los gerentes saben lo que se espera de ellos y los resultados son medidos en relación a tales expectativas. La gestión debe, pues, estar orientada a resultados fijados políticamente y técnicamente medibles.

La gestión pública mejora cuando los gerentes disponen de cierta discrecionalidad y de la flexibilidad necesaria en el uso de los recursos para llevar a cabo sus responsabilidades. La discrecionalidad y flexibilidad necesarias son controladas principalmente a través de la evaluación de resultados.

El desempeño mejora cuando la autoridad operativa es delegada desde las agencias centrales y las unidades centrales de los Ministerios a favor de los niveles y unidades operativas.

El desempeño mejora cuando las decisiones y controles gubernamentales se focalizan en los productos y los resultados más que en los insumos y los procedimientos.

El desempeño mejora cuando los gerentes responden tanto del uso de los recursos como de los resultados que producen con los mismos.

Las ideas expuestas fueron y en gran parte son casi unánimemente compartidas. Probablemente llegaron para irse acrisolando en tiempos diversos en una cultura administrativa renovada.

Sin embargo, la nueva gestión pública vino acompañada de otras ideas mucho más polémicas, mucho menos compartidas y de durabilidad más problemática. Entre ellas están que el desempeño mejora:

(a) cuando el ciudadano-cliente tiene la posibilidad de elegir entre oferentes de servicios públicos; (b) cuando los servicios del gobierno son tercerizados; (c) cuando las organizaciones públicas se gestionan por imitación de la gestión privada; (d) cuando la provisión de servicios se separa de la formulación de políticas...

El supuesto básico era que las reformas burocráticas, con su aporte de racionalidad gerencial y legal que tanto contribuyeron al desarrollo de los países industrializados, se habían completado en lo esencial en América Latina durante los años 30 y que la gran reforma pendiente era la que estaban viviendo los países desarrollados: la reforma gerencial.

Desde luego no se desconocía que subsistían en la gran mayoría de nuestros países grandes enclaves de burocracias patrimoniales, pero eran vistos como buropatologías en vías de extinción; no se establecía ninguna relación significativa entre este tipo de patrimonialismo y el sistema económico y político vigente.

De hecho, el patrimonialismo no era considerado, junto con otros rasgos como el clientelismo, el prebendalismo o el corporativismo, un rasgo fundamental del sistema a reformar, sino como excrecencia históricas en vías claras de autoextinción, que no podían constituir el foco central de la reforma.

Las principales características de la “Nueva Gestión Pública” serían: 1. orientación de la acción del estado para el ciudadano-usuario o ciudadano-cliente; 2. énfasis en el control de los resultados a través de los contratos de gestión; 3. reconocimiento de la discrecionalidad necesaria de los gerentes públicos; 4. separación entre las instancias formuladoras de políticas públicas, de carácter centralizado, y las unidades funcional o territorialmente descentralizadas, ejecutoras de esas mismas políticas; distinción de dos tipos de unidades funcionalmente descentralizadas: 6. los organismos ejecutivos, que realizan actividades de autoridad exclusivas de Estado, por definición monopolistas, y 7. los servicios de provisión de bienes públicos divisibles, de posible carácter competitivo, en que el poder del estado no está involucrado;

Casi todas estas reformas se han intentado de modo y en intensidades muy diversas en los distintos países de la Región. Con la excepción de Chile, se han hecho sin embargo de modo azaroso y asistemático, a veces hasta esperpéntico como sucedía en Nicaragua donde consultores muy sofisticados enseñaban metodologías de retribución por desempeño a funcionarios del Gobierno. En realidad sólo en Chile se daban las

condiciones para introducir una reforma gerencial pues es el único país que combinaba un nivel básico de racionalidad burocrática con niveles significativos de seguridad jurídica.

Otros países con burocracias estables y legalidad formal, como Costa Rica y Uruguay, habían caído en el corporativismo y los privilegios. En cualquier caso, en ningún país fueron consideradas estas reformas como prioritarias.

Las grandes reformas que vivieron los estados latinoamericanos tienen muy poco que ver con la nueva gestión pública: la privatización, la creación de agencias reguladoras, el fuerte movimiento descentralizador, el achicamiento del estado, el ajuste estructural o la lucha contra la corrupción han transformado los estados aunque es muy dudoso que hayan mejorado sus capacidades institucionales frente a los desafíos del desarrollo en globalización. Los indicadores internacionales de desarrollo institucional no nos permiten registrar avances significativos y recogen en ocasiones retrocesos inquietantes.

De acuerdo a este diagnóstico, aunque se han dado significativos cambios económicos, políticos y sociales en Centroamérica, producto de las reformas, estas no han fortaleciendo ni transformado la Administración pública, debido a que no se han tomado en cuenta las historias nacionales, las capacidades de regulación internas; es decir, creando instituciones al servicio del ciudadano, separando la política de la Administración, profesionalizando la función pública, con el objetivo que exista transparencia en la administración, rendición de cuentas, eficacia gubernamental, marcos regulatorios definidos y control de la corrupción.

1 La Huida del Derecho Administrativo y la Falta de Control

A esta transformación del Estado, en la década de los ochenta y noventa, se suma la transmutación del derecho administrativo, que encuentra su justificación en la confluencia de dos factores. Por un lado, es fruto de la asunción por parte del Estado de nuevas labores, fundamentalmente económicas, que demandan de nuevas formas de actuación, más adecuadas a la nueva naturaleza de estas tareas que el sector público ha tomado como propias.

Como señala Rivero Ortega, “que la Administración recurra al Derecho privado es una secuela más de la ampliación de los fines del Estado y de su “hambre de nuevas formas” para cumplimentarlos, que no ha

sido convenientemente satisfecha por el Derecho público. Se trata de un fenómeno con precedentes remotos, pero cuyo origen puede localizarse en el momento de la aparición del Estado intervencionista, caracterizado por el protagonismo que asume en el terreno de la economía”².

Por otra parte, es también resultado de la inadecuación del régimen administrativo para regir esas funciones. El Derecho administrativo se manifiesta como un Derecho especialmente rígido, plagado de controles y formalismos que lastrarían demasiado la actuación de una Administración que, tras la eclosión del Estado Social, ha entrado plenamente en el desarrollo de actividades puramente económicas³.

La suma de estos factores ha llevado a que la Administración busque en el Derecho privado aquello que el Derecho administrativo no ha sabido proporcionarle, un régimen más flexible, que permita realizar con mayor eficacia las nuevas funciones que están ahora también llamadas a realizar los Poderes públicos⁴, pero esto ha llevado la falta de control en los recursos públicos.

Sin embargo, este recurso al Derecho privado se ha manifestado no sólo en el campo que le es más propio, esto es, aquel en que la Administración actúa desarrollando una actividad puramente económica, operando en las mismas condiciones que lo haría una empresa privada, terreno en el que no parece que se pueda dudar de la legitimidad del uso del Derecho privado por la Administración⁵; sino que se ha hecho

2 RIVERO ORTEGA: Administraciones públicas y... Págs. 13-14.

3 Como señala DESDENTADO DAROCA, este proceso “se ampara en una supuesta inutilidad del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Y no sólo eso, sino incluso un obstáculo o rémora para lograr dicho fin. Se considera que los procedimientos administrativos ordinarios son rígidos e inadecuados; los continuos controles, un factor que resta eficacia; el régimen funcional, la causa de la fuga de las mejores cabezas al sector privado; y la regulación de los contratos y de los procedimientos de selección de contratistas lentos y carentes de la necesaria flexibilidad”. La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Tirant lo Blanch. Colección: Alternativa. Madrid, España. 1ª Edición Pág. 105.

En la misma línea, RIVERO ORTEGA señala que el “precio que la Administración tiene que pagar por sus prerrogativas es cada día más alto y se convierte en un lastre imposible de sobrellevar cuando pretende responder a las múltiples exigencias del Estado Social. En estas circunstancias la renuncia a las prerrogativas para alcanzar la libertad es una tentación demasiado fuerte, pues la Administración no necesita el ejercicio de las clásicas potestades para situarse en una posición de supremacía con respecto a los particulares”. Administraciones públicas y... Pág. 15.

4 CLAVERO AREVALO: “Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas”, en Documentación Administrativa 58, octubre de 1962. Págs. 20-25. PALOMAR OLMEDA, A.: “Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración”, en Revista Internacional de Ciencias Administrativas 57-4 (1990). Págs. 141-142.

5 PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho administrativo II. Marcial Pons. Decimocuarta edición, 2000. Pág. 254. DEL SAZ CORDERO, S.: “Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX”, en La Administración Pública española. Director. J. Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid, 2002.

también presente, en ocasiones, en actuaciones que implican una auténtica realización de funciones administrativas propiamente dichas, terreno donde la legitimidad de esta práctica es discutible⁶.

Esto supone entrar en el escabroso campo de la *huida del Derecho administrativo*. Sin duda una de las cuestiones que han generado un mayor debate dentro de nuestra disciplina durante los últimos años.

El empleo de esta gráfica expresión pretende mostrar que, cuando hay ejercicio de funciones públicas, el uso de un régimen común al que rige para los sujetos privados adquiere un cierto carácter fraudulento.⁷

Lo que conlleva, en ocasiones, una relajación en los controles públicos y una merma de la garantía de los administrados, así como importantes perturbaciones en el discurrir de la acción pública⁸.

Para precisar con mayor claridad este concepto conviene hacer una observación adicional. Pues parece oportuno señalar que quedarían fuera del mismo los supuestos de privatización material, esto es, aquellos casos en que la Administración deja de intervenir en un determinado sector, cediendo el mismo a los particulares.

De tal forma que, cuando hablamos de fuga del Derecho administrativo, no referimos exclusivamente a los supuestos de privatización formal, esto es, cuando el sector público sigue estando presente en ese

Pág. 65. CALVO CHARRO, M.: "La Administración institucional. Los organismos públicos", en La Administración Pública Española. Pág. 532. SALA ARQUER, J. M.: "Huida del Derecho privado y huida del Derecho", en Revista Española de Derecho Administrativo 75, julio-septiembre de 1992. Págs. 412-413. GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... Pág. 394.

6 En tal sentido, señala L. PAREJO ALFONSO que el "legislador carece de completa libertad a la hora de la delimitación subjetiva de la Administración pública y objetividad de la actividad administrativa. La Constitución define un marco suficientemente preciso: Administración pública y actividad administrativa es [arts. 103, 106 y 128, en relación con el 149. 1. 18] todo lo que no es sujeto ejerciente de actividad económica ordinaria (entregada a los sujetos ordinarios del Derecho) y en régimen de concurrencia con éstos y, por tanto, actividad de este tipo. Así, pues, con la sola excepción de estos últimos sujetos y actividades (que responden a una expresa y excepcional habilitación jurídica privada) todos los restantes sujetos y actividades reconducibles al interés general están constitucionalmente sometidos a un estatuto único público (lo que nada dice aún sobre su flexibilidad y contenido concreto)", "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tecnos. Madrid, 1993. Pág. 38.

7 La doctrina ha hablado así de un abuso en el recurso al Derecho privado. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: El Derecho administrativo privado. Montecorvo. Madrid, 1996. Págs. 122-124. E incluso de una utilización patológica de éste. SALA ARQUER: Huida del Derecho... Pág. 399.

8 Como indica A. SÁNCHEZ BLANCO, la huida del Derecho Administrativo genera un importante cúmulo de perturbaciones: "quiebra de conceptos, ruptura de la coherencia organizativa y anulación de las técnicas de control de la actividad de las Administraciones públicas", además de ser una "fuente inagotable de instrumentalización y desviación de los intereses públicos". "Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas", en Revista de Administración Pública 132, septiembre-diciembre de 1993. Págs. 84-85.

ámbito, pero sujetando su actividad al Derecho privado en vez de al Derecho administrativo.

La doctrina, por regla general, se ha mostrado crítica con este fenómeno, y ha puesto de manifiesto que, por más que la Administración deba servir al valor de la eficacia, también debe servir otros objetivos no de menor entidad también consagrados constitucionalmente, como el principio de legalidad, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad de concurrencia, la publicidad y la transparencia, etc. Todos estos objetivos quedan indiscutiblemente mejor servidos por un Derecho específicamente diseñado al efecto, como lo es el Derecho administrativo, que por el Derecho privado, que responde a otro contexto y necesidades. Siendo, por ello, este último, en ocasiones, inadecuado para regir la actividad de la Administración⁹.

Sin embargo, esa uniformidad doctrinal no alcanza a la búsqueda de soluciones a los problemas que plantea. Así, algunos atacan la propia legitimidad del mismo, y postulan que éste es contrario al ordenamiento jurídico, lo que implica proclamar su inconstitucionalidad, pues, en cuanto procede de una decisión del legislador, esa contrariedad debe proceder de la propia Constitución, y no de la vulneración de meras leyes ordinarias.

Para estos autores la posibilidad de optar por la utilización de un régimen de Derecho privado o de Derecho público para regir la actividad de la Administración choca con un límite constitucional. Pues existiría en nuestra Norma Fundamental una reserva de Derecho administrativo. Esto es, cuando la Constitución sujeta a la Administración al Derecho no es un sometimiento a un Derecho cualquiera, sino al Derecho administrativo; y cuando afirma las facultades de control de los tribunales sobre la actuación administrativa, no se refiere a cualquier tribunal, sino a los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹⁰.

Otros, sin embargo, consideran que no es precisa la desaparición del recurso por parte de la Administración del Derecho privado. Para ello se apoyan en que el ordenamiento jurídico ofrece suficientes vías para

9 DESDENDATO DAROCA: La crisis de identidad... Págs. 107-109.

10 Esta posición ha sido defendida por DEL SAZ CORDERO. Las transformaciones del Derecho... Pág. 65. A la que sigue un sector importante de la doctrina. PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho Administrativo I. Undécima edición. Marcial Pons, 1999. Págs. 30-32. Fuera de nuestro país esta tesis ha sido aceptada por BREWER-CARIÁS: La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del Derecho Administrativo en Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1996, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) Caracas, 1996. Págs. 26-27.

reconducir el mismo a los parámetros fijados por el texto constitucional, sin necesidad de recurrir obligatoriamente al Derecho administrativo, o a los tribunales administrativos, pues otras ramas del Derecho y otros ordenes jurisdiccionales también ofrecen garantías suficientes al respecto. Es, por ello, al legislador, dotado en este ámbito de un margen importante de decisión, y no a la Constitución, que no debe ser interpretada desde las concepciones de un determinado momento histórico, al que le corresponde determinar el régimen jurídico y los tribunales a los que se somete la Administración¹¹.

Argumentación a la que añaden algunos un elemento de peso, la Administración debe actuar siempre conforme al régimen jurídico que resulta más adecuado para dar satisfacción a los intereses públicos y,

11 Esta postura ha sido defendida por I. BORRAJO INIESTA, según el cual no existe una reserva de Derecho administrativo, porque “el legislador dispone de una amplísima libertad de configuración en todo lo que no atañe directamente a los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos; potestad que es especialmente amplia en todo lo concerniente a la organización y el régimen de actuación de las Administraciones pública, y que alcanza incluso a permitirle arrojar al desván de los trastos el acervo de técnicas jurídicas que han sido acuñadas por la experiencia histórica, y que han sido depuradas por el esfuerzo intelectual de los juristas. Resulta extraordinariamente peligroso interpretar el texto constitucional a través de las lentes de lo que existe, entender que la Constitución garantiza el ordenamiento vigente, petrificándolo frente a las innovaciones que puedan introducir las Cortes Generales o los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, que son las instituciones elegidas para mantener o modificar la principal fuente de normas de nuestro sistema jurídico: la ley”. Esto no supone para este autor que la Constitución no vincule al legislador en este aspecto. Pero sirve, siempre según su opinión, para refutar la existencia de una reserva de Derecho administrativo. Pues “la lucha del Derecho contra la arbitrariedad del poder, contra sus inmunidades y asimismo contra sus inactividades y desfalecimientos en la procura de los intereses generales, ha de ser llevada a cabo en el contexto que ofrecen las leyes, y no contra ellas. (...) El dogma jurídico no debe contradecir a la ley, salvo que sea inevitable (...). Por añadidura, el dogma central de nuestro Derecho consiste en que la ley es aprobada por instituciones democráticamente elegidas y que —a pesar de lo que a veces puede parecer — no siempre yerran”. Desde aquí postula que en una situación de huida del Derecho administrativo se puede seguir dando cumplimiento a los mandatos constitucionales. Opinión que apoya en tres postulados: En primer lugar, “el sometimiento al Derecho privado no equivale necesariamente a la huida de todo Derecho y de todo control; las técnicas para sujetar el poder al Derecho que ofrecen los Códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes: pues la normativa que resulta aplicable a los entes administrativo no es la que consagra la libertad de los propietarios, sino la que sujeta a los administradores de intereses ajenos”. En segundo lugar, la “huida al Derecho privado es, en cierta medida, inútil: la Administración no puede dejar de ser quien es, por mucho que se disfraze de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos; y, sobre todo, siempre subsistirá un dato capital, cuya relevancia es preciso rescatar de los archivos del antiguo Derecho: quien maneja caudales públicos no aparece ante la ley como quien gestiona propiedades privadas, sea cual sea su status subjetivo”. En tercer lugar, es “inaceptable identificar el control judicial de la Administración pública con el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales como para los intereses generales, por los jueces de otros ordenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del Derecho”. “El intento de huir del Derecho administrativo”, en Revista Española de Derecho Administrativo 78, abril-junio de 1993. Págs. 234-236.

en ocasiones, no lo es el Derecho administrativo, sino otras ramas del Derecho¹².

Hay, por último, en tercer lugar, una postura intermedia, que considera que no existe una reserva general de Derecho administrativo en la Constitución, pero sí reservas parciales. Según esta tesis, hay, por un lado, algunas materias en las que rigen determinados límites y principios a la actividad de la Administración, como por ejemplo el principio de mérito y capacidad en la selección de personal o el trámite de audiencia al interesado para dictar actos administrativos. Si en estos casos se sujeta a la Administración al Derecho privado, éste deberá incluir mecanismos que den satisfacción a esas exigencias, pues en caso contrario será inconstitucional su utilización. Por otra parte, hay determinadas actividades que implican ejercicio de autoridad y deben, por tanto, tener carácter público y estar sujetas al Derecho administrativo (Leguina Villa, Desdentado Daroca)¹³.

2 El Control desde el Derecho Administrativo

En la actualidad, si bien abundan los estudios que a nivel estadístico, sociológico, históricos y económicos muestran la relevancia de la calidad de las instituciones para el desarrollo; la transformación del Estado en la década de los ochenta y noventa, todavía resultan escasos los análisis pormenorizados sobre el funcionamiento de las instituciones jurídicas en un país concreto de Centroamérica abordado desde la perspectiva el Derecho Administrativo, y como ésta influye el control de la gestión pública.

12 En tal sentido RODRÍGUEZ-ARANA, que considera que "la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil". A lo que añade que "lo determinante no es la naturaleza del ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El art. 103 se refiere al sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cual, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión concreta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las Ciencias Sociales, con todos los respetos, ya paso de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho privado. Eso sí, cuando la Administración acuda al Derecho privado debe explicar porqué lo hace porque, evidentemente, el Derecho Común sigue siendo el Derecho Administrativo". La vuelta al La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo publico). A & C Revista de Direito Administrativo. 2005 Págs. 93-94.

13 LEGUINA VILLA, J.: "Algunas notas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo", en Revista Jurídica de Navarra 19 (1995). Págs. 11 y sigs. DESDENTADO DAROCA: La crisis de identidad... Págs. 116 y sigs.

La transparencia y el control en el ámbito de la gestión en la Administración pública, la vamos a encontrar en un conjunto de normas positivas que otorguen un marco de legalidad para que sus acciones se realicen con apego estricto a la misión institucional, y no ceñirse a la política de actos discrecionales.

La lucha contra la corrupción, la correcta utilización de los bienes y recursos públicos por parte de los servidores del Estado obliga a que los mandantes exijan a los legisladores que produzcan leyes que permitan cumplir con esos objetivos.

El control es consustancial al acto de poder. A la acción de la autoridad corresponde la verificación procedimental-legal y de fines.

En términos generales, el control tiene por objetivo fiscalizar el ajuste que debe operarse entre los fines señalados por el legislador y las conductas manifestadas por el administrador, donde “se confronta la legalidad de los medios para la obtención de los fines”¹⁴.

Por medio del control se asegura el obrar de la administración a las reglas y principios del derecho, debiendo prevalecer el bien común, a la que debe ajustarse el poder, constituyéndose en el instrumento necesario para verificar esa correspondencia entre medios y fines.

Por tanto, el control es la limitación al abuso de poder y en consecuencia evita el quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte de la Administración Pública.

El Control gubernamental, consiste, en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control.

Es así, que el control gubernamental tiene la finalidad de mejorar el funcionamiento de la Administración Pública mediante la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes, según los resultados que se generen a partir de las auditorías.

¿Cuáles serían los indicadores, desde el derecho administrativo, que permiten diagnosticar la calidad, las reglas y principios del derecho que controlan la Administración pública?

¹⁴ Retamozo, A. (2015). Procedimiento Administrativo Sancionador: Por Responsabilidad Administrativa Disciplinaria y Funcional. Lima: Gaceta Jurídica.

Elementos del control de la Administración pública desde la perspectiva del derecho administrativo	Elementos a medir	Resultados a obtener
<p>Administración Pública:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Profesionalización de la Burocracia 2. Transparencia 3. Disminución de la politización 4. Patronos Éticos 5. Rendición de cuenta 	<p>Efectividad de los mecanismos de control e información de la acción de la administración. Grado de independencia y neutralidad de los agentes y organismos públicos. Nivel de preparación de los empleados y autoridades públicas.</p>	<p>Diagnóstico de la independencia y preparación de los servidores públicos. Participación y transparencia en el funcionamiento de la Administración.</p>
<p>Descentralización:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Fiscalización y control social por parte del ciudadano 2. Participación ciudadana 3. Autonomía municipal y regional. 	<p>Mecanismos legales que permitan, la participación y el control. Proximidad de la Administración territorial encargada de la toma de decisiones a los ciudadanos.</p>	<p>Diagnóstico del marco jurídico legal, que permite la fiscalización, control y la participación ciudadana en los asuntos públicos municipales y regionales.</p>
<p>Servicios Públicos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Protección a los usuarios 2. Trato igual a los ciudadanos 	<p>Mecanismos jurídicos legales que permitan la protección a los usuarios. Nivel de información de los usuarios acerca de los mecanismos para hacer efectivos sus derechos. Tiempo medio de conexión o iniciación de la prestación del servicio al usuario. Adecuación de los precios al nivel económico de los distintos sectores de la ciudadanía.</p>	<p>Diagnóstico del marco jurídico legal, que permite la protección de los usuarios de los servicios públicos.</p>
<p>Eficacia gubernamental</p>	<p>Capacidad del gobierno para administrar recursos públicos. Grado de satisfacción de los ciudadanos acerca de la acción pública.</p>	<p>Diagnóstico de la Capacidad del gobierno para administrar los recursos públicos.</p>

CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Marco regulatorio	Políticas y leyes adecuadas. Grado de independencia de las Agencias Reguladoras	Diagnóstico del Grado de independencia de las Agencias reguladoras.
Firmeza del estado de derecho	Respeto de los ciudadanos y del Estado de las instituciones que rigen sus relaciones económicas y sociales	
Control de la corrupción	Organismos y acciones para el control de la corrupción	Diagnóstico de las leyes que ha aprobado los parlamentos sobre la corrupción, y si éstas han sido puestas en práctica por los gobiernos.
Procedimiento administrativo y en especial recursos administrativos.	Tiempo de tramitación del procedimiento. Grado de participación del ciudadano en la tramitación del procedimiento. Posibilidades reales de acceso del ciudadano a las vías de recurso. Coste económico del procedimiento para el ciudadano.	Diagnóstico sobre el procedimiento administrativo, y si existe retardación, en la tramitación de estos procedimientos, por la falta de acceso por cuestiones económicas.
Control judicial de la Administración.	Especialización y profesionalización de los jueces. Grado de independencia de los tribunales contencioso-administrativos. Posibilidades de acceso a los tribunales por parte de los ciudadanos. Coste del proceso para el ciudadano. Tiempo efectivo de resolución del proceso.	Diagnóstico, sobre la profesionalización, eficacia y eficiencia de la justicia administrativa.

El Control de la Administración Pública: una Perspectiva Integradora

Jaime Rodríguez-Arana*

Como es bien sabido, el tema del control en la Administración Pública, el control en el Derecho Administrativo como actividad administrativa, es una cuestión medular de nuestra disciplina. Es de esas materias sobre las que hay que volver una y otra vez porque constituye uno de esos temas testigo en los cuales la fuerza del Derecho, la fuerza de la justicia aparece, por sí misma, como uno de los elementos fundamentales que ayudan a entender el sentido de la democracia, el alcance del Estado Social y democrático de Derecho.

En efecto, si hacemos una incursión histórica en las fuentes del pensamiento democrático, nos encontramos que los antiguos, los clásicos que estudiaron y que pusieron en funcionamiento el sistema democrático, nos dicen por activa, por pasiva, y por perifrástica, que hay dos características básicas y fundamentales que ilustran la fortaleza de un sistema democrático. Por una parte, la ética en el ejercicio del poder público, es decir, el poder público como función de servicio a la sociedad, y por otra, la existencia de mecanismos y sistemas de control del poder público para gestionar con eficacia los intereses generales. Por eso, en sede de reflexiones generales, pienso que esta idea de los límites inherentes al poder constituye una consideración bien relevante en la filosofía y en el pensamiento moderno que también se debe aplicar sobre el sistema democrático. Analizar los límites que el propio sistema impone al funcionamiento de la Administración es trascendente y permite precisamente fortalecer el propio sistema democrático.

El límite es consustancial a la idea misma del poder en la democracia. Los fundadores del Estado de Derecho nos alertaron certeramente desde los orígenes acerca de la necesidad de que existan mecanismos de control, de que existan contrapoderes que aseguren el ejercicio

* Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

equilibrado, medido y moderado del poder mismo. Por eso, en la teoría del control en la Administración pública, como veremos a continuación, existen diferentes técnicas y procedimientos que, correctamente empleados, más que obstáculos o dificultades al ejercicio del poder, son efectivamente fórmulas que ayudan a que el ejercicio del poder se realice en el marco y conforme a cánones o estándares democráticos. El control impide que el poder se ejerza desde una mentalidad del Antiguo Régimen porque el poder en el Estado de Derecho es de la titularidad ciudadana y el pueblo, que es el dueño del poder, lo confía provisionalmente a los funcionarios y políticos para que lo ejerzan en su nombre y con arreglo a unos principios de racionalidad y motivación que hoy han ayudado a construir esa idea tan central de la rendición de cuentas.

En este tiempo que nos ha tocado vivir la idea de control está, como dirían los periodistas, de palpitante y rabiosa actualidad. En efecto, las instituciones públicas de control, supervisión, vigilancia y de verificación de los mercados de valores y del sistema financiero han saltado por los aires dejando inerme, sin protección, valores como la racionalidad o la objetividad que han de caracterizar la actividad económica y social en un Estado de Derecho. Estas instituciones, agencias o entes no han cumplido su función probablemente porque la fuerza de un mercado sin límites, autorregulado, fue capaz de sortear los sistemas y procedimientos previstos en el régimen jurídico de estas instituciones.

En el tema del control, su puede estudiar el control público de las actividades económicas y sociales relevantes para el interés general y, sobre todo, el control sobre la actividad administrativa, confiado a entes públicos, que pueden realizarlo previamente o posteriormente. En este trabajo nos vamos a centrar en esta dimensión del control, el realizado ante o ex post acerca de la actividad administrativa.

Con frecuencia, con mucha frecuencia, resulta que por no entender bien los términos de la cuestión, los términos del problema, nos encontramos con autores o doctrinas que subrayan únicamente la idea de la garantía del derecho y, por otra parte, otras doctrinas y autores que inciden sustancialmente en que el vector central es, precisamente, la eficacia, la eficacia de la acción administrativa. Pues bien, hay veces que en el funcionamiento de la Administración, los que gestionamos fondos públicos lo hemos vivido muchas veces, puede parecer que la existencia de controles entorpece, retrasa la ejecución administrativa, y no es así. El gran desafío que existe en esta materia es lograr que

los procedimientos sean ágiles, que los procedimientos administrativos permitan actuar con eficacia. ¿Cuántas veces hemos escuchado y hemos oído que la eficacia y la dirección por objetivos en la Administración requiere que no haya especiales obstáculos para cumplir la finalidad de la acción administrativa? Comprenderán ustedes que este razonamiento y esta reflexión lleva muchas veces a supuestos de corrupción, sí de clara corrupción administrativa. Cuando se absolutiza el fin, cuando el fin todo lo justifica, entonces, por muchos controles que existan, tenemos un escenario de corrupción a la vista.

Por ello, al aproximarnos a la cuestión del control administrativo desde una perspectiva general, no podemos perder de vista, ni mucho menos, que hemos de partir de la metodología que en mi opinión hoy permite analizar con mayor rigor, y en el solar del Estado de Derecho, esta materia. Me refiero, es claro, a los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. En este contexto adquiere pleno sentido la teoría integral del control del poder público y en este marco se comprende mejor la panoplia de diferentes técnicas de control existente.

Volviendo al hilo de la cuestión, me parece de interés destacar que la idea del límite, la idea de que la acción de la Administración tiene límites, parte de una idea fundamental, que no es negativa, sino positiva. La existencia de límites lo que hace es afirmar una Administración Pública moderna que en su actuación tiene que superar una serie de controles para que cumpla con los objetivos constitucionales y, así, sirva con objetividad los intereses generales. Al final, tras la verificación de los diferentes controles, el poder público ha de ser la expresión propia, genuina, de una actividad orientada al servicio objetivo del interés público. Ni más ni menos.

Como es bien sabido, la Administración Pública es una realidad compleja, es una realidad multidisciplinar, multifacética. No sólo hay una única aproximación a la Administración Pública como se viene diciendo desde hace muchos años, sino que hoy en día, afortunadamente, hemos de aproximarnos a la Administración desde una metodología abierta, pues los enfoques para estudiar la Administración Pública son variados: el enfoque jurídico, que es muy importante, el enfoque económico, que también es capital, el enfoque sociológico, el enfoque histórico, e igualmente es relevante el enfoque filosófico, la denominada dimensión ética.

Todos estos aspectos constituyen elementos básicos para entender lo que es la Administración Pública.

En el Derecho Administrativo Español algunos hablamos del Derecho Administrativo Constitucional porque, efectivamente, el Derecho Administrativo como ordenamiento jurídico que regula la mejor gestión de los servicios públicos se mueve en el marco constitucional, en el que se encuentran los principios, los criterios y las directrices que deben presidir la actuación de la Administración Pública.

Siendo estas líneas unas reflexiones generales, lógicamente debo permanecer en planteamientos de esta naturaleza, y desde este punto de vista, quisiera ahora mismo hacer mención de tres preceptos de la Constitución Española de 1978, que son tres artículos fundamentales para entender la función constitucional de la Administración Pública española.

Primero. El artículo 9 párrafo 2 constitucional dice con toda claridad, y también con toda solemnidad que los poderes públicos deben promover la libertad y la igualdad de los ciudadanos, y remover los obstáculos para que ésta sea posible.

Segundo. El artículo 10 constitucional en su párrafo primero establece que uno de los fundamentos del orden político y la paz social son precisamente los derechos fundamentales de las personas.

Y, en tercer lugar, el artículo 103 de la Constitución de 1978, señala también con toda intención que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Estos tres preceptos, por sí mismos, explican la función constitucional de la Administración Pública y nos ayudan a entender el sentido que tiene la Administración, porque la Administración no es solamente una organización impersonal, sino que la Administración está representada por personas, y esas personas confeccionan actos administrativos, y en la actuación administrativa tienen, como es lógico, que cumplir con unas obligaciones, vamos a llamarlas formales, pero también que actuar en el marco de unos principios constitucionales. Estos principios constitucionales del artículo. 9.2, función promocional de los poderes públicos, del artículo 10, 1º, los derechos fundamentales son el centro del Derecho Administrativo y del artículo. 103, la Administración Pública es una función de servicio objetivo a la sociedad, son los vectores básicos y fundamentales que tienen que estar presentes en cualquier explicación que

se haga de la Administración Pública española, y, evidentemente, para tratar del control nos ayudan a poner en sus justos límites el desarrollo de la cuestión que nos ocupa el día de hoy.

En términos generales, la doctrina ha señalado, que existen controles externos y controles internos en la Administración. Veamos.

Los controles externos, luego los analizaremos, se refieren fundamentalmente al control de los fondos de que dispone la Administración y que realiza el Tribunal de Cuentas, que normalmente es un órgano adscrito al Parlamento y de designación parlamentaria. También, como control externo se puede considerar el Defensor del Pueblo, órgano de control de la actuación de la Administración Pública en la medida que conoce de las quejas y reclamaciones que los ciudadanos le presentan en relación con el funcionamiento de los servicios públicos y el conjunto de las Administraciones públicas de naturaleza estatal. Igualmente ejerce control, de naturaleza jurídica, el poder judicial en lo que se refiere, como dice el artículo 106 de la Constitución española, a la legalidad de la actuación administrativa y a la potestad reglamentaria así como respecto de los fines de justifican el quehacer de la Administración pública.

En lo que se refiere a los controles internos, habría que citar el control de los servicios jurídicos que existen en los Ministerios, que requiere de informes de conformidad al Ordenamiento jurídico para la actuación administrativa, y los informes que hace la Intervención Delegada del Estado en los Ministerios por lo que se refiere al control relativo al uso y manejo de los fondos públicos.

También se pueden considerar controles internos cuestiones relativas a la valoración del rendimiento de la función pública, determinados sistemas de dirección por objetivos de la Administración pública. Finalmente existe un metacontrol, un control fundamental que es que el que viene determinado por las exigencias éticas inherentes al funcionamiento de la Administración Pública, que son muy importantes, y que marcan la temperatura real de la percepción democrática de los ciudadanos en relación con su sistema político y con el funcionamiento de la Administración Pública.

En esta cuestión del ejercicio ético del poder público, pienso que es conveniente ya desde el principio dejar sentado que el poder, como institución, es una institución cargada de una gran fuerza ética. ¿Por qué? Porque el poder público se debe utilizar al servicio a la sociedad y para promover los derechos fundamentales, especialmente de las personas

más desfavorecidas. Si no el poder público acaba convirtiéndose en una fuente de enriquecimiento, en una fuente de dominio y, como ocurre algunas veces, en una fuente para la exclusión y para la laminación de aquellas personas que no concuerdan con unos determinados intereses políticos.

La idea del control de la Administración Pública tiene mucho que ver con lo que antes señalaba en relación con el artículo.103 de la Constitución Española, es decir, con la nota del servicio, con la nota de la objetividad y con la nota de los intereses generales.

¿Por qué con la nota del servicio? Porque efectivamente, la Administración no es sólo etimológicamente servicio, la Administración Pública es una función que se entiende como tal en la medida en que está a disposición de la gente, de los ciudadanos.

Segunda característica: objetividad. En el ejercicio de la acción administrativa se deben tener muy presentes los principios de imparcialidad, de neutralidad y de objetividad. Sobre todo en materia de contratación administrativa, donde los principios de publicidad y de concurrencia son los criterios informadores de esta materia. En relación con la función pública, los principios de mérito y capacidad en la selección son centrales, pues es evidente que, de lo contrario, el funcionamiento de la Administración estaría conculcando los más elementales criterios que impone el sistema democrático.

Y, en tercer lugar, la consideración del interés general, o de los intereses generales, ya que si no se gestiona al servicio de los intereses generales y se administra al servicio de otros intereses, que muchas veces se confunden con los intereses particulares, entonces lo decisivo es la satisfacción de los intereses particulares o privados, generándose un ambiente propicio para la corrupción. En este sentido, creo que es muy importante señalar que, en efecto, como también ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional Español, los intereses generales, en un Estado Social y Democrático de Derecho, tienen mucho que ver con la promoción de los derechos fundamentales de las personas. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984 señala que los intereses generales ya no son un coto cerrado de los poderes públicos, sino que deben abrirse a una acción articulada entre los propios poderes públicos y los agentes sociales.

Efectuadas estas observaciones preliminares, pienso que procede analizar una cuestión clásica en el tratamiento de la cuestión del control

de la Administración Pública, y es tomar partido, si es que debe hacerse, en relación con que lo que unos llaman el formalismo administrativo, y otros llaman el espiritualismo administrativo, que no son mas que dos versiones acerca del sentido de la eficacia y de la legalidad.

En mi opinión, me parece que la eficacia, el principio de eficacia y el principio de la legalidad nunca se deben entender en términos de oposición o de confrontación, sino que hoy que deben comprenderse en términos de complementariedad o de compatibilidad. Me parece que era Otto MAYER quien señalaba que hay que hacer siempre el esfuerzo de integrar la eficacia en el marco de la legalidad.

No menos importante, en toda esta materia, es dejar constancia también de que para entender en sentido moderno la idea de control de la Administración Pública, tenemos que desterrar todas las formas de pensamiento único, unilateral, estático y cerrado, y por el contrario situarnos en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible o complementario. Esta afirmación significa, tal y como la entiendo, que la realidad es compleja y la realidad administrativa también es muy compleja ya que hay muchas dimensiones que integrar que no se puedan considerar individualmente, sino que han de comprenderse de manera integradora.

Pues bien, una de esas dimensiones atiende a la existencia o no de fondos económicos asignados a la tarea administrativa, otra se refiere a si la decisión administrativa de que se trate se va a operar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y además, fundamentalmente, y esto sería una reflexión sobre el control de orden filosófico, si las decisiones adoptadas respetan o no los derechos de los ciudadanos.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, la Administración Pública siempre ha estado sometida a diversos controles, tanto internos como externos. La finalidad de la existencia de esos controles se orienta a garantizar una buena gestión de los intereses públicos y, sobre todo, asegurar una correcta aplicación del gasto que realizan los poderes públicos al ejecutar sus políticas y prestar los servicios públicos que reclama la sociedad. Como es sabido, el propio nacimiento de la idea del presupuesto, como documento que aprueba todos los años el Parlamento y que recoge y estructura los futuros ingresos y gastos del Estado, obedece a esta idea de control. La Asamblea Legislativa no sólo ejerce su control aprobando el documento contable que es el presupuesto, sino que también puede y debe controlar su ejecución, así como

la calidad de la prestación de los servicios públicos, en tanto que los Grupos Parlamentarios disponen en todas las Cámaras de instrumentos de control al Gobierno, de una diversidad de figuras parlamentarias, a través de las cuales pueden vigilar la marcha del Presupuesto y su escrupuloso cumplimiento. Ésta sería una de las principales manifestaciones de lo que sería el control externo sobre la Administración, pero también importante sería el mismo tipo de control que ejerce Tribunal de Cuentas al que corresponde fiscalizar las cuentas de los diferentes sectores de la Administración en su más amplio sentido; es decir, incluyendo las Administraciones territoriales, las Administraciones locales y, en general, todo el sector público, así como la importante tarea de presentar la Cuenta General del Estado, que después ratificará el Parlamento.

También dentro del control externo hay que situar la tarea que realiza el propio Defensor del Pueblo en la medida en que canaliza las quejas de los ciudadanos sobre las insuficiencias que pueden haber encontrado en las actividades de la Administración. En la medida en que este órgano, en España de naturaleza netamente parlamentaria, puede censurar la acción de la Administración Pública y reclamar una solución a los problemas que aquejan a los ciudadanos en relación al aparato público, puede afirmarse que, en efecto, el Defensor del Pueblo, es un Órgano de control externo de la Administración pública.

Internamente, la Administración siempre ha dispuesto de mecanismos de control que ha ido perfeccionando con el tiempo, hasta llegar a una situación como la que tenemos en estos momentos, en la se puede garantizar una gestión razonable del gasto publico y, en todo caso, la existencia de mecanismos que detectan y sancionan cualquier desviación que pueda producirse. Tradicionalmente, el control interno ha estado centrado fundamentalmente en el control de legalidad que realizan tanto los Servicios Jurídicos del Estado, que en España existen en todos los Ministerios, como a través del órgano fiscalizador de las cuentas de los organismos administrativos de la Administración del Estado, la Intervención General del Estado, que cuenta también con delegaciones en todos los Ministerios y organismos del Estado. Todo ello, sin olvidar que las Administraciones territoriales, las Comunidades Autónomas también disponen de sus propios órganos de intervención de las cuentas y de asesoramiento jurídico.

En los últimos tiempos, en la Administración Española se han introducido nuevas modalidades de control que no sólo persiguen verificar

el cumplimiento del procedimiento y demás requisitos legales, sino también la calidad de los servicios prestados, la eficacia y la eficiencia de la gestión. Modalidades de este nuevo tipo de control serían el control financiero, que realiza la Intervención General del Estado, y los controles que establecen los propios órganos administrativos gestores, de acuerdo con las modernas técnicas de gestión de calidad. Es lo que se ha llamado la autoevaluación del rendimiento, que es evidentemente una forma de control interno en la medida en que los propios responsables administrativos van a conocer la eficacia de la actuación administrativa, evaluando las variables que intervienen en la gestión de un servicio o programa concreto, como el número de personas que trabajan en la oficina administrativa, los expedientes que se tramitan, etc.

Detengámonos un poco más en el control interno que realiza la Intervención General de la Administración del Estado, por ser con seguridad el más importante de todos los controles. La Intervención, a pesar de ser un órgano administrativo, - en España se configura como un órgano con rango de Subsecretaría enmarcado dentro del Ministerio de Hacienda - goza, por virtud de su legislación, de la autonomía e independencia que es necesaria para cumplir las funciones de control del gasto con absoluta imparcialidad y objetividad. Tradicionalmente, los funcionarios que trabajan en la Intervención General de la Administración del Estado cumplen su función con un sentido del control muy acendrado, que lejos de entorpecer la acción de la Administración, garantizan que siempre la acción esté soportada por la existencia de fondos públicos para las tareas administrativas.

La normativa que regula la actividad de la Intervención General de la Administración del Estado distingue dos funciones entre sus cometidos. En primer lugar, la función interventora de todos los actos que dan lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico. Esta función se realiza respecto de toda la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, y consiste fundamentalmente en la realización del control limitado previo de legalidad, que va dirigido a comprobar que el expediente se ajusta a los aspectos básicos de la normativa que regula el servicio, y en la realización de un control a posteriori, también de legalidad, que verifica los aspectos complementarios de la misma. Es decir, contempla con más amplitud el cumplimiento de la legalidad.

Clásicamente, ha existido en la doctrina española una controversia sobre el grado de eficacia de estos controles de legalidad. Algunos autores consideran preferible un control previo pleno de legalidad, porque de esta manera se impide la realización de actos contrarios al Derecho y, en consecuencia, propugnan volver a este sistema de fiscalización previa, plena, que ha sido tradicional en la Administración española hasta hace un poco más de una década.

Pero hoy en día, una Administración moderna no puede quedar paralizada por un control lento, excesivamente estricto, sino que debe haber cierta flexibilidad, una razonable flexibilidad, máxime si se tiene en cuenta que el cumplimiento riguroso de la legalidad es garantizado por el control "a posteriori" que se puede realizar más tarde utilizando la técnica del muestreo. En definitiva, la propia realidad y la necesidad de imponer un cierto pragmatismo, han llevado a esta postura intermedia, que hoy goza en términos generales de mayor aceptación, y que considera ambos procedimientos como complementarios, de manera que con su conjunción se contribuye a mejorar la gestión administrativa. Es una manifestación del pensamiento compatible, del pensamiento complementario y no del pensamiento bipolar o del pensamiento ideológico que siempre ha estado presente en nuestras sociedades hasta hace muy pocos años y que probablemente explica los desastres que se han producido en la gestión pública en muchas partes del mundo.

Otra importante función que realiza la Intervención General del Estado es la el control financiero. El control financiero no sólo persigue verificar el cumplimiento de la legalidad, sino también se dirige o especialmente se orienta a garantizar el cumplimiento de los principios de buena gestión económica, como son la eficacia y la eficiencia del gasto. Este control financiero se realiza sobre toda Administración General del Estado y sus Organismos autónomos, pero también se extiende a todas los Entes que componen el sector público.

El control financiero parte de la existencia de una gestión por objetivos, de programas de actuación que definen claramente los objetivos a alcanzar y que establecen unos indicadores fiables para medir el cumplimiento de estos objetivos. Es un requisito, por tanto, para que se pueda realizar este tipo de control que exista un programa con objetivos determinados, evaluables y medibles.

El control financiero es el sistema más adecuado para que la Intervención colabore en esa tarea de mejorar el funcionamiento de la

Administración, al controlar la eficacia de la gestión y del gasto, es decir, el cumplimiento de los objetivos perseguidos, y la eficiencia, es decir, el cumplimiento de los objetivos de la forma más productiva y al menor coste posible.

El control financiero presenta dos modalidades en el Derecho español: los informes de control financiero permanente y las auditorías. Los informes de control financiero permanente son realizados por las Intervenciones Delegadas en los Ministerios y Organismos públicos, son los llamados informes de actuación, que como su propio nombre indica se realizan de manera habitual. Esta actuación de la intervención se está revelando como un procedimiento realmente eficaz pues está consiguiendo que los gestores sean más responsables en el desarrollo de sus cometidos. Efectivamente, el proceso que siguen estos informes de actuación determina que en el caso de que no sean favorables; es decir, que contengan observaciones o recomendaciones para el gestor, son seguidos de un procedimiento contradictorio para evitar precisamente la indefensión de éste, para que el gestor pueda aportar sus argumentaciones y justificaciones de las irregularidades o inconveniencias detectadas. Pero si la discrepancia subsiste, estos informes pueden ser elevados por la Intervención General de la Administración del Estado, vía Ministro de Hacienda, a la consideración del Consejo de Ministros. Esta posibilidad de que las controversias puedan llegar a instancias tan elevadas ha supuesto que los gestores presten mucha más atención que en épocas pasadas a los informes de la Intervención Delegada, y pongan más interés en aplicar las medidas que resulten necesarias para corregir las situaciones incorrectas detectadas, lo cual termina repercutiendo en una mejora de la gestión administrativa y en definitiva en un mejor y correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En cuanto a las auditorías, éstas son realizadas directamente por la Intervención General de la Administración del Estado de acuerdo con el plan que se elabora anualmente. Se puede decir que periódicamente todos los organismos públicos son sometidos a un procedimiento de auditoría, pero además de ello todas las cuentas de los entes públicos que se remiten al Tribunal de Cuentas van siempre acompañados de la auditoría correspondiente.

Finalmente, uno de los aspectos más relevantes de la aplicación del control financiero está referido al control de las subvenciones, una cuestión que hoy en día está siendo objeto de una especial atención pues es

importante que la Administración pueda verificar que los fondos que se han destinado a un determinado proyecto gestionado por una entidad privada se dirigen efectivamente al cumplimiento de los fines previstos y se utilicen adecuadamente. Antes de la existencia de este control financiero, en el otorgamiento de una subvención sólo se realizaba un control dirigido a verificar que se habían cumplido los requisitos básicos de legalidad; sin embargo, hoy en día, el control financiero permite hacer un seguimiento de la subvención, de su aplicación a la finalidad perseguida y, en el caso de que se haya hecho un uso irregular de la subvención, reclamar y exigir su devolución, sin perjuicio del ejercicio de la potestad sancionadora a que hubiera lugar.

Por ejemplo, en el caso del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), organismo que dirigí en España durante algún tiempo, en su normativa reguladora se establece que es el órgano que gestiona los fondos de formación continua a las Administraciones, por lo que debe velar por el cumplimiento de la finalidad de esos fondos. De hecho, al final del ejercicio, si hay entes promotores que reciben subvenciones y que por las razones que sean, no las gastan, tienen que devolverlas. Para esto, hay un procedimiento previsto para exigir la devolución de esos fondos.

Finalmente, pienso que también es importante para completar la visión de lo que supone el control de la Administración Pública referirse a la vertiente de la exigencia de responsabilidades en el caso de que sea menester. En este sentido, con independencia de la exigencia de la responsabilidad que se pueda requerir al gestor en vía administrativa, si ha habido una falta administrativa, o en vía penal, en el caso de la comisión de un delito tipificado por el Código Penal, hay un control jurisdiccional que se lleva a cabo por el Tribunal de Cuentas, que en esta vertiente de su actividad se convierte en una jurisdicción contable. De esta manera, el Tribunal de Cuentas Español desempeña un doble papel, tiene una doble naturaleza, por una parte fiscaliza, y por otra parte, tiene funciones jurisdiccionales.

Según la doctrina acuñada por el Tribunal de Cuentas, un requisito para que exista responsabilidad contable es que se haya originado menoscabo en los caudales públicos por acciones u omisiones que hayan vulnerado leyes contables interviniendo dolo o culpa grave. Ahora bien, la exigencia de responsabilidad por esta jurisdicción es incompatible con la existencia de responsabilidad en vía administrativa.

Una cuestión que suele tratarse en materia de control en los enfoques de ciencia administrativa es el referente al control del rendimiento del trabajo en la Administración. Es este un tema en el que merece la pena detenerse siquiera sea algún tiempo porque, en efecto, refleja una de las características más importantes de la denominada gobernanza, gobernación o gobernabilidad pública.

Realmente, si estamos de acuerdo con la máxima de que el poder es del pueblo y de que los políticos y funcionarios no son más, ni menos, que meros administradores de asuntos de todos de los que permanentemente hay que dar cuentas al verdadero titular del poder, entonces seguramente estaremos de acuerdo que periódicamente la sociedad conozca el resultado de la aplicación de ciertas políticas públicas. Es lo que técnicamente se denomina evaluación del desempeño o evaluación del rendimiento en la Administración.

Este enfoque, insisto, es relevante para someter el poder público a sus estrictos límites evitando que se generen castas burocráticas que se encaramen al poder con la intención de convertirse en los profesionales perpetuos de la gestión del interés general. La evaluación del rendimiento debe realizarse. Para ello hay diferentes técnicas: evaluación de las unidades administrativas, evaluación individual de los funcionarios o, sistema mixto, una equilibrada evaluación que tenga en cuenta ambos elementos.

Sea cual sea la técnica que se seleccione, todas tienen ventajas e inconvenientes, lo fundamental es que se garantice la objetividad, que se evite la arbitrariedad. Lamentablemente, en la mayor parte de los países, hay problemas de favoritismos puesto que no es sencillo que el gobierno admita evaluaciones negativas de sus propios dirigentes.

Problema no menor en esta materia es el del sujeto activo de la evaluación. Se han ensayado en el panorama diversas fórmulas. En la mayor parte de los países el poder ejecutivo tiene un papel predominante en estas evaluaciones, con lo que la garantía de la racionalidad, la coherencia o la objetividad es compleja. En este punto siempre he apostado por que la evaluación por instituciones externas a la Administración que va a ser examinada es la mejor. Se puede pensar en la Universidad, en instituciones especializadas extranjeras, en una inteligente combinación de ambas. El problema de la participación de los sindicatos en los comités de evaluación ha de pensarse seriamente para evitar que

se produzcan distorsiones o disfunciones que impidan la objetividad del proceso de evaluación.

Lo que si parece fuera de toda duda es que hoy en día la evaluación es un término que debe tener una proyección creciente en el mundo de las políticas públicas. Sin embargo, cosa bien distinta, es el diseño de técnicas que, insisto, garanticen unos estándares o patrones de objetividad razonables que permitan evaluaciones cercanas a la realidad. Los ciudadanos, que son los verdaderos dueños de la cosa pública, tienen derecho a conocer la eficacia de las diferentes unidades administrativas del complejo del poder ejecutivo que sirve objetivamente los intereses. Es un derecho del ciudadano usuario de servicios de responsabilidad pública conocer el funcionamiento de los servicios y es una obligación de la propia Administración informar periódicamente, a través de técnicas objetivas, acerca de cómo funcionan los servicios. Los principios de eficacia y eficiencia, que vinculan la actuación de las Administraciones públicas, deben tener trascendencia práctica, deben poder ser visualizados por los ciudadanos. Y que duda cabe que la evaluación del rendimiento, si se hace bien, facilita esta tarea.

Hasta aquí este breve comentario sobre el control de la Administración Pública. Deliberadamente, me he quedado en los controles administrativos, sean internos o externos, porque entiendo que, a la vista del programa, hay una serie de conferencias sobre el control judicial de la Administración Pública y, por lo tanto, procede que se aborde esa cuestión en su lugar correspondiente. Sin embargo, no quisiera terminar estas palabras sin hacer nuevamente una referencia al Derecho español, a la modificación que se introduce en el año 1998 con ocasión de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el control judicial de la Administración Pública.

En España, hasta el año 1998, el Derecho positivo señalaba que los Tribunales de Justicia no podían fiscalizar o enjuiciar los actos políticos. A partir del año 1998, y de acuerdo con el artículo correspondiente de la ley jurisdiccional, que es el artículo 3 de esta Ley, ahora ya se pueden enjuiciar cualquier acto, cualquiera que sea su naturaleza, política o administrativa. De esta manera existe una plenitud en el control judicial de la actividad administrativa, y se ha dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 106 de la Constitución.

Espero haber podido, aunque fuera apretadamente, haber tratado las cuestiones propias de una reflexión general sobre el control. El

control cada vez es una tarea más importante por la sencilla razón de que cada vez más funciones de interés general son realizadas bajo un régimen de responsabilidad pública aunque no necesariamente por Administraciones públicas. Por eso las Administraciones tienen que disponer de medios personales y materiales adecuados para que la tarea de control, de verificación, de evaluación, se pueda hacer en las mejores condiciones posibles.

No hace mucho -2008-, en pleno mes de agosto, un avión en el aeropuerto de Barajas sufrió un accidente que causó la muerte a más de ciento cincuenta personas. La seguridad aérea es una competencia pública. La Administración del Estado, a través de la dirección de aviación civil debe comprobar que las condiciones técnicas de los aviones permiten el tráfico de personas. Eso quiere decir que el Estado debe disponer de personal preparado, en número y calidad para tales menesteres. Las empresas, por su parte, tienen la grave obligación de mantener los aviones en las mejores condiciones técnicas para transportar pasajeros.

Para terminar, la actividad de control, para ser constitucional y eficaz, ha de ser independiente. Y para ello, nada mejor que conformar para estas tareas órganos colegiados e independientes. Hoy tenemos muchos controles pero no hay control. Si lo hubiera en verdad, la corrupción no alcanzaría, lamentable, las dimensiones actuales.

Bases Conceptuales del Control de Cuentas de la Administración y sus Posibles Distorsiones. Referencias al Caso Venezolano

Armando Rodríguez García*

Introducción

Hacemos referencia a lo que denominamos control administrativo, control fiscal, contraloría o control de cuentas sobre el desempeño de la administración pública para distinguir una específica actividad técnica, que viene complementada con una fuerte carga de efectos jurídicos. Esa actividad es claramente diferenciable en su origen, sentido, estructura, formas y efectos, del control jurisdiccional que opera sobre el ejercicio de la función administrativa del Estado, respecto del cual se observa una progresión sostenida hacia la inclusión irrestricta de toda la variada presencia de manifestaciones asociadas a esa función así como a las estructuras encargadas de ponerla en práctica.

No obstante, con ambas modalidades de control se busca preservar, como principio fundamental, la prevalencia del apego al orden jurídico establecido (legalidad), dentro de la concepción del Estado de Derecho, al tiempo que se persigue proteger las situaciones jurídicas de la diversidad de sujetos que se vinculan con la Administración o pudieran resultar afectados por sus actos o conductas, con lo cual, de una u otra manera, se apunta a cumplir una finalidad de justicia.

De esta forma se aísla - esencialmente para fines metodológicos y funcionales - una actividad o tarea que, en su esencia, forma parte del contenido global que encierra la noción de gestión o administración dentro de su estructura lógica, fundamental o primaria, al entenderse que el seguimiento de la gestión debe estar presente, como una parte o un componente imprescindible de su concepción y operatividad general,

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Director de Postgrado en Ciencias Jurídicas y Políticas. Miembro Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

para determinar la pulcritud y eficiencia en el manejo de los recursos asignados, mediante el debido empleo de las facultades otorgadas y, junto a ello, poder diagnosticar deficiencias, identificar errores o fallas y, desde luego, diseñar posibles soluciones de correctivas en cuanto a métodos, procedimientos y buenas prácticas administrativas.

Como un factor añadido a lo anteriormente dicho, la actividad de control administrativo permite identificar posibles supuestos de responsabilidad derivados de las prácticas empleadas en el cumplimiento de las tareas asignadas; pero también - y tal vez como objetivo más trascendente desde el punto de vista de la institucionalidad -, para poder revisar los mecanismos y métodos operacionales, así como los instrumentos y fórmulas propios del control, a los fines de optimizar las posibilidades de gestión, apuntando a elevar la eficiencia, y con ello, alcanzar umbrales superiores de satisfacción de los fines de asegurar que la administración opere, real y efectivamente, en beneficio de las personas, de los ciudadanos.

En síntesis, desde la perspectiva que nos brinda el enfoque que hemos seleccionado en esta oportunidad se pretende destacar el elemento teleológico de esta específica modalidad de control, para con ello afinar la mirada en su valoración como una herramienta útil a los fines de provocar, en términos de efectividad, la expresión práctica de la idea de *buen administración* entendida como un desiderátum incorporado desde hace mucho tiempo atrás en la forma de un principio básico de la administración pública, y más recientemente, a través de su consagración como un derecho fundamental que viene a enriquecer el arsenal de los valores sociales contemporáneos.

De este modo nos proponemos realizar un tránsito no exhaustivo por la revisión de las bases conceptuales del control de cuentas, en tanto modalidad de control administrativo sobre la actividad de la administración, poniendo de relieve los puntos más destacables de su delimitación conceptual, su generalización en la concepción y el funcionamiento de las administraciones públicas en la geografía iberoamericana que ancla sus orígenes en las estructuras de poder anteriores a los procesos de emancipación y aparición de los nuevos Estados y sus elementos esenciales, insistiendo, como antes se ha advertido, en el dato teleológico, en la finalidad o finalidades del control, pues entendemos que su existencia no se justifica y no se reduce su utilidad a la prosecución de un objetivo punitivo sobre los funcionarios.

Es cierto que, en los tiempos que corren, las manifestaciones tangibles de corrupción administrativa ocupan un espacio importante en lo que respecta a la imagen y la percepción generalizada sobre la gestión pública, lo que la ubica en un rango de atención, como efecto de las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y la rapidez con la que se propagan las noticias; pero, sin que podamos negar su existencia ni su importancia, no es menos cierto que el fenómeno no es nuevo, aunque parece indudable que si lo son su crecimiento y extensión, así como la sofisticación de los mecanismos empleados para la planificación y puesta en marcha de las prácticas indebidas, la captura de complicidades y el ocultamiento de los resultados.

No obstante, entendemos - y hacia allá apuntan los planteamientos que se ofrecen en las líneas que siguen -, que la potestad sancionatoria que viene asociada a las funciones del control de cuentas no puede ser limitado al reduccionismo absurdo de su consideración como un fin en sí mismo; en efecto, el poder de imponer castigos de diverso alcance como consecuencia del resultado en la aplicación de estos específicos mecanismos de verificación de la actividad, no tiene sentido si su concepción se agota en la mera expresión punitiva sin más, en el puro ejercicio de respuesta a la conducta indebida, sea que ésta se produce por factores culposos o dolosos, pues incluso en el ambiente estricto del Derecho penal, como espacio donde domina el tema sancionatorio se abre campo importante el sentido profiláctico del sistema; mucho más en el campo del Derecho administrativo, estructurado para cumplir un objetivo de satisfacción de condiciones de vida de la colectividad y los individuos.

Es así como, desde esta perspectiva, se aprecia en una dimensión adecuada el alto rango de valoración que puede alcanzar la noción de eficacia en el entorno propio del asunto cuya consideración nos ocupa. En efecto, por una parte, la eficacia debe estar necesariamente presente, en primera línea, en el desempeño de las tareas que son inherentes a la función contralora, pues su existencia misma descansa en la acción oportuna y certera para el cotejo de lo actuado, en contraste con lo previsto y lo que es debido, desde el punto de vista de las pautas establecidas para la gestión transparente. Pero por otro lado, la actividad de contraloría observa y dictamina sobre el modo de hacer de la administración activa que, por definición, está en el deber de cumplir sus cometidos con eficazmente, con lo cual, también queda sometido a control, de alguna manera el nivel de producción de los efectos o el alcance

de los objetivos concretos a los que apunta la gestión controlada, para con ello, no solo apuntar fallas y castigar su existencia, sino provocar la aparición de medidas y correctivos que se estimen adecuados para reorientar la actuación en función de mejorar los umbrales rendimiento en beneficio de la colectividad, que es, en síntesis la razón de ser de la administración pública, en todas sus manifestaciones, incluyendo la de contraloría.

Desde luego, el tema a tratar nos pone en contacto, por una parte, con la idea de buena administración, consolidada como principio fundamental y factor necesario de soporte en la concepción contemporánea de la función administrativa del Estado, pero además, en ese mismo entorno conceptual, destaca la centralidad del ser humano como eje de la gestión pública, que permite poner en perspectiva el carácter servicial de la gestión administración, en tanto su existencia solo tiene sentido, para servir adecuadamente a la ciudadanía, lo que acertadamente y en forma reiterativa expresa Carlos Delpiazzo cuando indica que *la administración esta hecha para servir, y si no, no sirve*.

En consecuencia, estimamos oportuno poner el énfasis en la función finalista que arroja al control de cuentas, en tanto se subraya su utilidad y eficiencia para mejorar los términos operativos de la administración es decir, contribuir al establecimiento de condiciones que apunten a la posibilidad cierta de aproximarse al paradigma de operar una buena administración en beneficio del ciudadano. Es claro que esta óptica de la cuestión impone el contraste con los supuestos de aplicación de la función punitiva que deriva del control de cuentas, es decir, del ejercicio de la potestad para imponer sanciones administrativas que regularmente ostentan los organismos de control como parte de sus atribuciones, de lo cual pudieran derivarse, adicionalmente, supuestos de responsabilidad civil y hasta sanciones de tipo penal, según el caso.

Junto a los aspectos antes mencionados, encontramos que, al igual que sucede con todas las manifestaciones del actuar administrativo, es factible encontrar la presencia de distorsiones en el sistema de control de cuentas o control administrativo que pueden perturbar seriamente su eficiencia y tergiversar su sentido útil.

Tales posibles distorsiones pueden hacerse presentes tanto en el diseño mismo del sistema, como en su operatividad, es decir, en el manejo de los mecanismos instrumentales para el ejercicio de la actividad de contraloría. A este aspecto del asunto también dedicaremos algunas

reflexiones, para poner el acento, precisamente, en los efectos nocivos que tales elementos distorsionantes - que en alguna oportunidad alcanzan el rango de verdaderas perversiones - pueden producir en cuanto a la vigencia real del principio de la buena administración por la disminución o la perturbación de su alcance, y en consecuencia, en la afectación negativa sobre el ejercicio de derecho fundamental a una buena administración.

1 Sobre el Sentido del Control Administrativo y su Evolucion

Como un elemental punto de partida podemos comenzar por reconocer que la tarea o función de control es un factor inmanente y propio de la actividad de gestionar o administrar, en su sentido mas amplio.

En efecto, tomando como referencia primaria el significado que se asigna a las palabras, recordamos que la primera acepción que se otorga al sustantivo *control* es la de *comprobación, inspección o fiscalización*². lo que lleva consigo, lógicamente, la idea de examen u observación que sirve para hacer tal comprobación. De su parte, en lo que toca mas directamente al asunto que nos concierne en este momento, *gestionar* alude a la actividad dirigida a hacer diligencias conducentes al logro de un negocio, y *gestión* es la acción y efecto de *administrar*³, vocablo que, entre sus diversos significados, comporta el de *ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes*⁴, que tiene singular interés a los fines de nuestro análisis.

De este modo tenemos que, emprendiendo el inicio de la ruta analítica que intentamos transitar, por el sendero que nos marca, de inicio, el significado de las palabras, encontramos que la noción de control se encuentra estrechamente asociada con la idea de gestión o administración, como parte de un proceso integral que comporta la tarea de examinar u observar lo actuado como parte de la función general de gestión, a los efectos de comprobar la correlación de lo sujeto a observación o examen con el prototipo de lo que es debido y esperado, es decir, con las pautas estipuladas para el cumplimiento de esas específicas actividades de gestión.

2 DRAE, vigésima primera edición. Tomo I. Pág. 561.

3 ² *Ibidem*, pág. 1038.

4 *Ibidem*, pág. 44.

Y para completar este primer contacto con las palabras, como términos referenciales de carácter preliminar o de inicio, tomaremos en consideración el vocablo *contraloría*, que el diccionario recoge como expresión lingüística que se emplea *en algunos países de América*, para designar el “servicio encargado de examinar la legalidad y corrección de los gastos públicos”⁵, esto es, lo que se conoce también como tribunal de cuentas.

En síntesis, una acotación inicial implica que estaremos refiriéndonos a una específica actividad que se inserta en el amplio espectro de la administración, consistente en el desarrollo de tareas de examen, observación o verificación de determinados datos o asuntos, conducentes al cumplimiento de la función de inspeccionar, fiscalizar y comprobar situaciones o resultados sobre operaciones de la gestión, con énfasis en el manejo de recursos económicos.

Partimos de considerar que tal actividad forma parte de la administración entendida, entonces, como una labor sistematizada y tecnificada que aparece operativamente en cualquier campo del quehacer humano, como pueden serlo el industrial, el comercial, el económico, el académico o el burocrático, es decir, tanto en el sector de la actividad privada como en el espacio de la gestión pública.

En este último espacio es donde ubicamos la noción de la administración pública, con características peculiares - sobre todo desde el enfoque jurídico -, la cual, sin embargo, en lo substancial del fenómeno, no se separa, conceptual y metodológicamente, de los elementos propios de la gerencia o de las ciencias de la administración, que son parte esencial de sus nutrientes.

Así lo entiende y enseña el Profesor Antonio Moles, cuando expresa que “En su sentido mas amplio, administrar lo que sea - cualquier negocio – requiere el concurso de ciertos preceptos o reglas para conseguir los mejores rendimientos. Semejantes medios instrumentales dan lugar a un Arte de administrar que se va convirtiendo paulatinamente en una verdadera técnica administrativa”, y seguidamente precisa que,

“... El primer intento de sujetar el proceso industrial a un conjunto sistemático de regulaciones corresponde al norteamericano Fred Wilson Taylor, llamado *padre de la organización científica*. Formado en los talleres metalúrgicos, pronto puso en práctica la manera de aprovechar en ellos todas las condiciones del trabajo para incrementar la

5 *Ibidem*, pág. 557.

producción y disminuir el costo del producto. Ello comportaba cronometrar la cantidad de trabajo continuado del operario en una unidad de tiempo, y la mejora del utillaje, todo lo cual acabó desembocando en la producción en serie o en cadena ... El progreso del maquinismo - sea de la maquina creadora o de los procedimientos idóneos -, acrece la necesidad de tecnificar y operar con técnicos, lo cual da origen al interesante movimiento de racionalización que se conoce, después de la guerra de 1.914 - 1.918 con el nombre de *tecnocracia*.”

Mas adelante, al ocuparse del régimen de las empresas modernas, hace mención de los aportes de Henry Fayol y otros tratadistas que se ocupan de concretar las técnicas administrativas, lo que conduce a afirmar que:

“la administración comprende, según ellos, las siguientes técnicas operativas: planificar, es decir, que ha de hacerse y como, lo cual incluye la selección de métodos. Organizar. Estructuración formal de los elementos. Adiestramiento del personal (staffing), preparación para capacitar y mantener el entrenamiento; Dirección. Conducir, mediante ordenes e instrucciones. Coordinación. Interrelacionar los distintos sectores. Instruir o informar (reporting). Mantener continuamente enterado al personal responsable o adquirir éste, por sí mismo, las noticias con expedientes, estudios o inspecciones. Presupuestar (budgeting). Contabilidad y control. Las iniciales de tales actividades forman la tan utilizada palabra POSDCORB...”⁶.

Con el enfoque que se ilustra a través del texto citado se apuna a vincular el contenido substancial de la tarea de administrar, entendida en términos generales o globales, con esa específica función que, bajo la denominación de *administración* realiza el aparato estatal, para dar entrada así, a la noción de Derecho administrativo, como una rama de la disciplina jurídica y una forma estructural del ordenamiento jurídico positivo que tiene como objeto de atención, precisamente, esa concreta manifestación de actividad o tarea, la estructura organizativa que tiene encomendada su realización, de manera directa e indirecta y, desde luego, el conjunto de relaciones con relevancia jurídica que derivan de tales categorías, así como de sus consecuencias, particularmente, en cuanto tienen que ver con las sociedades, con los ciudadanos y su calidad de vida.

⁶ Antonio Moles Caubet, *Lecciones de Derecho Administrativo (Parte General)*. Editorial Mohimgo, Caracas 1.975. Publicado posteriormente en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 84. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1992. Págs 93-140.

De esta manera observamos que la tarea de control a secas, aún teniendo un sentido sustantivo basal concreto y siendo una actividad útil y necesaria dentro de la función mas amplia de administrar, se perfila con matizaciones peculiares en atención a la finalidad que deba cumplir y las modalidades en las que corresponda su práctica, lo que aporta como resultado diferentes manifestaciones con factura, alcance, sentido y relevancia de distinto orden según el enfoque que se pueda emplear para su conocimiento y análisis.

En consecuencia, siendo el control esa tarea útil y necesaria dentro de los procesos administrativos o de gestión, independientemente del contenido y finalidad asociados a la gestión, su presencia puede variar en cuanto a la concreción o especificidad de su espectro, así como en lo que hace a sus modalidades técnicas, su finalidad y las condiciones en que se ponga en práctica, todo lo cual implica, de igual modo la existencia y el perfil estructural concreto de la unidad encargada de cumplir la tarea en cada sistema organizacional.

En la perspectiva que en la presente oportunidad ocupa nuestra atención, el contenido de la tarea de control, es decir, el control de cuentas o control administrativo de la administración, está referido fundamentalmente a los aspectos de orden económico, en tanto se centra en la fiscalización que realizan algunos órganos específicos y especializados, sobre el manejo de la actividad financiera, sobre la gestión de los bienes y rentas de carácter público, cumplida por la Administración.

Entendido de esta manera, el asunto puede reducirse - en su dimensión conceptual y sus expresiones técnicas - a la revisión de ciertas modalidades de actuación mas o menos sofisticadas y precisas, dispuestas para la comprobación de las actividades realizadas y su nivel de compatibilidad con las pautas o prácticas debidas a tales fines, desde le punto de vista de las técnicas contables, así como en cuanto a la verificación de los correspondientes registros con la existencia real y condiciones de los elementos tangibles que aparecen como activos. Es claro que tal actividad, junto al entorno orgánico y funcional en el que se desenvuelve, registra variaciones de profunda magnitud, en cuanto a su sentido y operatividad, no solamente por las condiciones tecnológicas disponibles para su realización, sino también - y este dato juega con singular valoración en la aproximación que adelantamos con estas reflexiones - por el alcance que se produce en el empleo de este control, lo que cobra

interés particular con las transformaciones políticas y jurídicas operadas en las estructuras del poder.

En efecto, siendo el control fiscal o control de cuentas una constante histórica de naturaleza operativa para el aparato administrativo público, por la racionalización lógica que tiene la función de comprobación o verificación de lo actuado, mas aún cuando versa sobre los elementos económicos, sobre los componentes patrimoniales de cualquier organización como factores especialmente sensibles para su adecuado funcionamiento y supervivencia, es indudable que las modalidades de ejercicio, así como las derivaciones o consecuencias de ese control se transforman en función de los cambios operados en el campo del ejercicio del poder, pasando a ser una manifestación técnica y jurídicamente administrativa, pero con alcance y función política.

En cuanto a su antigüedad, como tarea inserta en la gestión del aparato administrativo público, resulta adecuado el dato ofrecido a mediados del siglo pasado, al estudiar los organismos consultivos de la administración central española, en particular, al hacerse mención del Tribunal de Cuentas del Reino y su misión, cuando se indica que:

“...Se puede considerar como el órgano supremo y único encargado de fiscalizar la actividad financiera o económica de la Administración. Sus precedentes remotos suelen verse en la Contaduría Mayor del Reino, del siglo XV, y los próximos en el Tribunal Supremo de la Hacienda, creado por Decreto de 19 de junio de 1924...”⁷.

Es claro que con posterioridad al momento en que se consignó la mención contenida en la cita que hemos traído a nuestro texto, existe toda una profunda y marcada evolución que desemboca en las transformaciones plasmadas en la Constitución de 1978, como símbolo que representa la síntesis de todo un intenso y prolongado proceso político, que ha venido siendo acompañado por las adaptaciones jurídicas que le sirven de soporte, todo lo cual, desde luego, escapa al limitado alcance que debe tener el planteamiento que nos corresponde formular en la presente ocasión. Sin embargo, en este punto de la cuestión, nos resulta interesante destacar el dato histórico sobre los orígenes remotos de la función contralora de la Administración, o mejor decir, *sobre* la Administración, y la existencia de las Contralorías en el espectro

⁷ José María Reyes Monterreal y Francisco Soto Nieto, *Cuestiones de Derecho Político y Administrativo*. Ed. Graficas Menor. Madrid, 1956. Pág. 136.

iberoamericano, por la naturaleza que tiene Iberoamérica como fenómeno cultural de configuración singular o única en la historia de la Humanidad, en el que cobra valoraciones de especial interés el tema de la Administración pública, por los aspectos comunes que subyacen en la pluralidad de manifestaciones que aporta la realidad de cada uno de los países que configuran su geografía.

Entonces, viene a ser relevante hacer mención al Primer Libro de la Real Hacienda de la Provincia de Venezuela, datado el 29 de abril de 1529, que se inicia con un asiento *de lo recaudado por Juan de Ampíes y su gente al tiempo que el Gobernador Micer Ambrosio desembarcó en esta tierra*, lo que significa el origen remoto de la Hacienda Pública en Venezuela, incluyendo como pivote de actuación la función contralora. En efecto:

“En las páginas introductorias de aquel libro se hallan los orígenes más remotos de la Hacienda Pública venezolana y están las partidas asentadas dos meses después del arribo de la primera expedición enviada por los Belzares a las costas de Coro, capitaneada por el Gobernador Ambrosio Alfínger. Hay en ese libro noticias sobre los primeros impuestos recaudados, los comienzos de la ganadería, las primeras introducciones de esclavos berberiscos, la extrema pobreza vivida por los primeros pobladores atraídos por el sueño de una fácil fortuna y hasta las dificultades de los funcionarios públicos para cobrar sus salarios *no porque nadie se opusiese, sino porque no había recursos para ello* (...) Pero también están estampados en ese documento los nombres de los primeros Oficiales Reales que tuvieron a cargo los registros de las cuentas de la Real Hacienda. Eran ellos: El Tesorero (Alfonso Vásquez Acuña), el Contador (Antonio de Naveros) y el Factor y Veedor (Pedro de San Martín)...”⁸

Posteriormente se reglamentan las tareas de esos tres Oficiales Reales (Tesorero, Contador, y Factor y Veedor) mediante la Real Cédula de Instrucción dictada por Juana la Loca en Ocaña, el 17 de febrero de 1531. En dicha Real Cedula se establecía a los tres Oficiales la prohibición de gastar o pagar

“cosa alguna de la Real Hacienda si no tuviese carta o mandato expreso del monarca, y todo lo que se hubiera de vender, distribuir

8 Ildefonso Leal, *La Real Cédula de instrucción de 17 de Febrero de 1531 y los orígenes del control fiscal en Venezuela*. En Revista de Control Fiscal. Contraloría General de la República n° 117. Caracas, 1985. Pág. 113 y stes.

o gastar tenía que hacerse de mutuo acuerdo y asentarse en el Libro de Acuerdos con las firmas respectivas”(...) “En fin, la Real Cédula de 17 de febrero de 1531 constituye el mejor documento revelador del esmero y vigilancia que puso España para el control y manejo de la administración de la Real Hacienda en las posesiones de la antigua provincia de Venezuela. Asombra ver la meticulosidad y rigor de este texto legal promulgado para una provincia extremadamente pobre, con exigua población con un limitado comercio y con recursos fiscales muy débiles...”⁹.

De acuerdo con esto, interesa destacar, por una parte, la importancia que se atribuye al sistema de control en el manejo de los asuntos relacionados con el patrimonio real, con los bienes, ingresos y rentas de la hacienda de la Corona, dentro de una estructura de poder y un sistema de gobierno y de vida, evidentemente distintos a lo que el transcurso del tiempo y los acontecimientos sociales, culturales, políticos y económicos ocurridos, atraen hasta nuestros días. Desde luego, el núcleo de la regulación referida, pro lo que interesa a nuestra atención esta dedicado a los métodos (seguramente calificables de rudimentarios en comparación con los que arroja la evolución de los sistemas en el tiempo) para el manejo de los recursos, las técnicas de control aplicables, y en particular, la responsabilidad personal de los agentes frente a la autoridad real.

Sobre estas bases históricas se construye la actividad del control de cuentas, o de “contraloría”, como tiende a llamarse, por asimilación con la denominación del órgano contralor en algunos países iberoamericanos, cuya referencia permanente no es en absoluto despreciable, antes bien, se impone como método útil para la construcción de posiciones de prospectiva, por la acumulación de experiencias y la verificación de errores y aciertos, pues, en definitiva, tal como se puede afirmar apelando a los términos orteguianos,

“toda historia nace del rebote de nuestra curiosidad afanosa por el futuro y el porvenir que nos lanza y nos hace descubrir el pretérito. El recordar, el volver la cara atrás, el mirar el pasado no es algo espontáneo que por sí acontece, sino porque sin medio seguro ante la enorme indecisión del porvenir, ante esta terrible indecisión que es el futuro, la cual nos oprime a cada instante, buscamos en torno nuestro qué medios tenemos para afrontarla, y el arsenal de nuestros medios

9 *Ibidem*, pág. 116.

es lo que nos ha pasado ya, y por eso volvemos la vista atrás, precisamente, porque lo primero es mirar hacia delante”¹⁰

Y para el caso de la construcción y la evolución histórica de la Administración pública, mediante su transformación y adaptación constante, resulta altamente ilustrativo el criterio de García de Enterría, cuando sostiene que “La historia de la Administración es, por ello, la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que llega a formar parte así de la esencia misma del concepto”¹¹.

En síntesis, la actividad contralora o control administrativo de la administración es, en su esencia una tarea inherente a la función administrativa en sí misma, que obedece a la esencia metodológica de la gestión de los asuntos públicos. En su contenido primigenio y en el devenir de su evolución institucional y funcional, se centra en la verificación, comprobación, inspección y fiscalización sobre el manejo de los bienes, ingresos, gastos y rentas, incorporando los métodos, técnicas y herramientas que aporta el desarrollo de las tecnologías y la experiencia acumulada para hacer mas eficiente la tarea.

En el devenir de las transformaciones del Estado, particularmente con el surgimiento de la fórmula revolucionaria de la división del Poder y el advenimiento del Estado de Derecho, la función del control fiscal o control administrativo se afinca como una modalidad de control político, lo que apunta a un alcance distinto en su existencia instrumental y en el formato de su institucionalidad, sin dejar de ser, en su contenido técnico jurídico, la tarea de corte administrativo que hemos venido reseñando hasta ahora. Es así como tales transformaciones condujeron a la aparición del constitucionalismo, ese nuevo fenómeno que permitió el arreglo de tendencias excluyentes, y

“en este sentido es clave el proceso político francés de la segunda mitad del siglo XVIII que culmina con el debate de 1789 para determinar si la Constitución debería restaurar o crear un nuevo orden. Al triunfar esta última interpretación, el constitucionalismo había surgido como instrumento fundacional. Por eso pudo acoger la tesis contractualista de la soberanía popular y de la ley como expresión de la

10 José Ortega y Gasset, *Una interpretación de la Historia Universal: en torno a Toynbee*. Alianza Editorial. 3ª ed. Madrid, 1989.

11 Eduardo García de Enterría, *La organización y sus agentes: revisión de estructuras*. En, VVAA, “La Administración Pública y el Estado Contemporáneo”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961. Pág. 165 y stes.

voluntad general, y dejo planteados los intrincados problemas de la reforma constitucional, que darían pábulo a los mayores desencuentros políticos durante el largo proceso de acomodamiento de las sociedades con sus constituciones.”¹²

Como es lógico, las manifestaciones de este control, y particularmente por lo que se refiere a la vertiente de control político, entran en sintonía con la forma de gobierno adoptada, pero en líneas generales se produce en el entorno parlamentario, mediante actos legislativos que encierran el pronunciamiento de aprobación o censura de las cuentas correspondientes al periodo fiscal y a los presupuestos.

Pero además de las transformaciones estructurales en las vertientes jurídica, política y filosófica sobre el Estado y el Poder público en general, se aprecia una importante ampliación en lo que respecta a los ámbitos que reclaman la presencia de la Administración pública, lo que se manifiesta tanto cuantitativa como cualitativamente, es decir, no solo en cuanto a la ampliación sustantiva o material del plexo que implica el volumen de los asuntos que atiende el aparato administrativo del Estado, sino en las formas o modalidades de atención de todos esos asuntos.

Para inicios del siglo XX es singularmente importante el crecimiento sostenido de los campos de intervención del Estado, en particular en el medio económico, lo que comporta la progresión sostenida del gasto público. Por otra parte, vale indicar que durante el desarrollo de ese importante incremento en magnitudes y en diversificación de asuntos, hace acto de presencia en la escena mundial la decisiva y profunda transformación operada en el mundo de la tecnología y el conocimiento, con particular énfasis en las tecnologías de la comunicación e información, lo que permite e impone avances importantes en el campo del control fiscal.

2 El Control Fiscal y el Derecho a una Buena Administración

De todo el amplio y variado conjunto de cambios operados en estos temas, nos interesa destacar lo que Bernard Gournay ha puesto de relieve, hace ya algún tiempo, al sostener que:

“El control de las finanzas públicas, tal como se practicaba en los regímenes parlamentarios desde la primera mitad del siglo XIX,

12 Diego Valadés, *El Control del Poder*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007. Pág.30

estaba, ante todo, orientado hacia el respeto de las normas legales. Este concepto restrictivo está ahora, abandonado: no existe prácticamente un país en el cual la regularidad sea la exclusiva preocupación de los Contralores. Cuando estos examinan la actividad de los organismos públicos, se preocupan del contenido de aquella y, por consiguiente, de la pertinencia de las escogencias hechas por las autoridades,”

para precisar de seguidas que:

“Los textos recientes que definen el rol de las instituciones de control financiero, las encargan de velar por el *buen empleo de los recursos públicos*. Un criterio tal de juicio no puede producir una formulación precisa. Sin embargo, se puede decir que muestra una doble preocupación; la primera es que el dinero público no puede ser utilizado sino con fines de utilidad colectiva y que toca a los servicios demostrarlo; la segunda es que las autoridades que se comprometen en un gasto deben actuar de manera reflexiva y satisfacer, en la medida de lo posible, las exigencias de la realidad.”¹³

Percibimos que no se trata del cambio de un matiz superficial e intrascendente. Al agregar la utilidad del gasto público como un componente significativo del análisis y fiscalización a los efectos del control, se produce una expansión cualitativa calificada que, en nuestro criterio, invita a dar entrada al concepto de la buena administración, en su doble vertiente de principio orientador y legitimador para la conducta de la administración pública, y como un derecho fundamental del ciudadano.

De esta manera se entiende que el alcance del control fiscal no se agota en la comprobación y fiscalización contable del gasto público, no se limita a examinar los gastos comprometidos y ejecutados en contraste con los ingresos presupuestados y percibidos, en contraste con los métodos que deben emplearse como pautas prescritas para el adecuado manejo de las correspondientes partidas presupuestarias, incluyendo la ejecución de los posibles cambios de destino o afectación de los recursos, a través de las operaciones moduladas o permitidas por los respectivos manuales e instrucciones de actuación, para con ello proceder a determinar objetivamente el grado de cumplimiento en la gestión, con lo cual se abre la posibilidad de detectar la comisión de faltas o irregularidades. A su vez, de tales hallazgos pueden surgir supuestos de responsabilidad personal de diferente orden e intensidad, llegando incluso a la eventual aparición

¹³ Bernard Gournay, *Tendencias actuales del control de las finanzas públicas*. En Revista de Control Fiscal. Contraloría General de la República, N° 112, Caracas, 1984.

de infracciones penales que harían dirigir la mirada a la presencia del extendido vicio de la corrupción en cualquiera de sus múltiples, diversas y cada vez mas sofisticadas formas de manifestarse.

En consecuencia, podemos afirmar que el criterio del buen empleo de los recursos públicos en el ejercicio de la función administrativa ocupa un lugar de valiosa relevancia a los fines de la tarea de evaluación sistemática que cumple la contraloría de cuentas, mediante la apreciación conjugada de la actividad desplegada por las diferentes unidades administrativas y la calidad de la gestión cumplida. Por tanto, la función fiscalizadora y de comprobación comporta apreciar el sometimiento de la actividad económico-financiera de la administración pública a los principios de legalidad, economía y eficiencia, lo que, desde luego, lleva implícito el principio de la buena administración.

Por una parte se mantiene la valoración de la economía de los medios como criterio de control fiscal en cuanto a la aplicación de los recursos o ejecución del gasto, pero ahora, incorporando adicionalmente la perspectiva que aporta la consideración del valor de los resultados en la gestión, esto es, la consideración de controles de eficiencia. El resultado del método apunta a la evaluación de la utilidad colectiva de las actividades cumplidas por la administración, pero considerando además, que tales actividades se hayan cumplido al menor costo, lo que demanda disciplina y eficacia en la aplicación de las buenas prácticas administrativas, unidos al manejo de categorías éticas como telón de fondo y savia que nutre y fortifica la conducta de los funcionarios.

En Venezuela la estructura general de la materia relativa a control fiscal, desde el punto de vista de su regulación en el ordenamiento jurídico positivo, parte de la atribución de competencia al Presidente de la República - que conjuga las funciones de Jefe de Estado y Jefe del Ejecutivo Nacional -, para *administrar la Hacienda Pública Nacional* (artículo 236, 11 constitucional); la atribución de los Estados para *la administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos* (artículo 164, 3, constitucional); y la atribución a los Municipios para *la creación, recaudación e inversión de sus ingresos* (artículo 168, 3, constitucional).

Todo ello trae aparejado la existencia de órganos de contraloría, en el ámbito municipal, al cual corresponde *el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos...*, artículo 176 constitucional), en el ámbito estatal, mediante la determinación de que *cada Estado tendrá una Contraloría*

que gozará de autonomía orgánica y funcional, y ejercerá, conforme a esta Constitución y a la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos gastos y bienes estatales i(artículo 163 constitucional), y finalmente, e el ámbito nacional o federal, mediante la previsión de la Contraloría General de la República, que es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos (artículo 287 constitucional).

Históricamente el órgano nacional de control fiscal (Contraloría General de la República) no tuvo su origen en la norma constitucional, sino en la Ley Orgánica de Hacienda Pública de 1938, para luego aparecer reconocida con rango constitucional a partir del Texto Fundamental dictado en 1947, en todas las constituciones posteriores, hasta la vigente de 1999, concibiéndola como un órgano con autonomía funcional, administrativa y organizativa. Antes de la creación de la Contraloría General de la República operaba la Contaduría General d Hacienda, como un órgano integrado al Ministerio de Hacienda, encargado de centralizar las cuentas de ingresos y gastos de las agencias administrativas que tenían atribuidas funciones de manejo de los diferentes ramos de la hacienda publica.

De su parte, la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal (en adelante la identificaremos como Ley de Contraloría), texto legal que regula la estructura organizativa y el funcionamiento del órgano contralor, al definir el Sistema Nacional de Control Fiscal, dispone:

“Artículo 4. A los fines de esta Ley, se entiende por Sistema Nacional de Control Fiscal, el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que, integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a esta Ley, así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública.”

A nuestro juicio, resulta importante subrayar, para los fines del enfoque seleccionado, la frase que cierra este dispositivo legal (*al buen funcionamiento de la Administración Pública*), pues en ella se indica, de manera precisa y tajante, la específica inclusión del principio de la buena administración como objetivo fundamental que debe cumplirse por el sistema de control fiscal, porque, además, viene consagrado como

una obligación, a través de una norma legal de primer orden jerárquico y de aplicación inmediata para la actuación de los órganos que tienen asignada la función del control de cuentas.

Al respecto, no hay que dudar el carácter principista que encierra este dispositivo, por lo que queda expresado en él su vocación de alcance general y fundante para la actividad de contraloría.

A partir de allí confirmamos nuestra apreciación sobre el sentido finalista que inspira y vincula la función de control administrativo de la administración, en el caso del ordenamiento jurídico venezolano, pero también, como fórmula generalizada, en función de lo cual debe entenderse que la potestad sancionatoria incorporada a esta función, si bien está necesariamente asociado a la responsabilidad en el ejercicio de la función pública como un mecanismo instrumental dispuesto para alcanzar la finalidad correctiva, no representa el fin único de la función, ni puede ser entendido como un fin en si mismo.

No es certero, en la actualidad, considerar al órgano contralor como un mero censor, pues se debe entender que el control de las finanzas públicas no queda reducido a la búsqueda de infracciones e imposición de sanciones. Se percibe ahora, que las instancias de control fiscal persiguen otros objetivos, pues, sin dejar de cumplir aquellos de corte tradicional, se dirigen a contribuir eficazmente en el mejoramiento de la gestión pública conducida por la administración activa, lo que implica ofrecer a ese aparato administrativo la posibilidad de incorporar mejoras en los procesos de toma de decisiones y con ello elevar el umbral de satisfacción de los distintos servicios a favor de los ciudadanos.

Por lo tanto, la función cumplida por los órganos de control fiscal resulta mas amplia, y puede manifestarse en la evaluación de problemas de fondo para la formulación de recomendaciones de diversa índole que contengan la adopción de medidas tendentes a mejorar el desempeño de los organismos públicos en el cumplimiento de sus correspondientes funciones, lo que de ordinario se cumple a través de las instancias parlamentarias a las cuales se sirve como plataforma consultiva o asesora.

Sin embargo, las previsiones normativas no garantizan, por si mismas, el cumplimiento de sus contenidos, ni mucho menos el logro efectivo de los objetivos perseguidos, quedando en un buen numero de casos, como simples formulaciones programáticas. Por tal motivo, viene a ser un requerimiento eficiente considerar que al lado de la norma es insustituible la presencia de los agentes bien formados que permitan el

correcto ejercicio de la gestión como una producción real de los postulados normativos y principios fundamentales de actuación, en hechos, en las realizaciones debidas y esperadas, mediante la aplicación de las buenas prácticas administrativas.

En efecto, la posibilidad de alcanzar niveles de buena administración y buen gobierno demanda, como punto de partida elemental, el adecuado funcionamiento de las instituciones; en los términos empleados por Diego Valadés,

“El derecho al buen gobierno se expresa por la garantía de que las instituciones funcionen en los términos de eficacia y eficiencia que el orden constitucional democrático dispone. La construcción de las instituciones incluye los mecanismos de control, que deben ser compatibles con los de su funcionamiento razonable y efectivo. De no ser así, parecería que las instituciones sólo pueden bloquearse recíprocamente, como parte de los controles que entre sí practiquen (...) En la práctica política lo común es que los mecanismos de control sean utilizados para dirimir luchas por el poder. Se trata de una distorsión del propósito institucional y de una mala lectura de las atribuciones constitucionales.”¹⁴

Lamentablemente, el caso venezolano, con significativo énfasis en lo que ha venido ocurriendo en las últimas dos décadas, da cuenta de los que pueden significar las distorsiones en el diseño y la práctica de la modalidades de control fiscal, para provocar un efecto nocivo, pernicioso para el avance de una buena administración y con ello, para la debida satisfacción del derecho a la buena administración y el buen gobierno de los ciudadanos.

En particular destaca el hecho de haber dedicado las funciones de la Contraloría a la abierta persecución política de los opositores al régimen instalado desde 1998, mediante interpretaciones y prácticas abiertamente contrarias a la Constitución, como lo es la sanción de inhabilitación política, consistente en impedir el derecho a postularse para cargos públicos, derivada de una sanción administrativa y no como pena accesoria a una sanción penal, es decir, sin cumplir con los principios fundamentales del derecho a la defensa, al juez natural y al debido proceso.

Como contraste, se observa el mayor nivel de corrupción administrativa que ha existido en el país, lo que ha permitido, con sobrada razón,

14 Diego Valadés, *El Control del Poder*. Cit. Pág.181.

considerar al régimen como una verdadera cleptocracia, sin que existan demostraciones de ejercicio de las tareas de control fiscal a tales efectos.

Es claro que, en tales condiciones no es posible esperar las orientaciones y acciones dirigidas a provocar una buena administración, lo que será un requerimiento indispensable al momento de encarar la necesaria reinstitucionalización del país.

Bases Conceptuales del Control Administrativo de la Actividad de la Administración

Graciela Ruocco*

Introducción

No hay Estado sin poder; y no hay Estado de Derecho sin control. El control de las entidades administrativas es consustancial a todo Estado de Derecho.²

Durán Martínez destaca que el control es el que asegura que el poder se emplee para servir con objetividad los intereses generales. Y concluye que “El control del poder es inescindible del poder. Si el poder político tiene un fin, es preciso el control para asegurar el cumplimiento de ese fin”.³

No debemos olvidar que la Administración no es un fin en sí misma, sino que ella existe para servir. Por tanto, acierta Ivanega cuando afirma que el proceso de control es un medio para alcanzar un fin, y no un fin en sí mismo.⁴

Con la finalidad de hacer más eficiente el ejercicio del poder del Estado Cassagne destaca una serie de controles horizontales intra-orgánicos –es decir, dentro de cada uno- e inter-orgánicos – los que se traducen

* Profesor Titular Grado 5 de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Titular Grado 5 de Derecho Público de la Universidad de la República. Especialista en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos. Miembro de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Abogada I de la Dirección Jurídica del Poder Legislativo.

2 DANÓS, Jorge. “El control de la administración pública en Perú”. El control de la actividad administrativa Colección de Derecho Administrativo Comparado. Libardo Rodríguez R. (Director). Volumen I. Carlos Delpiazzo (Coordinador). En homenaje al profesor Diogo de Figueiredo. Editorial Temis. IIDA, Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá. Colombia. 2018, p. 393.

3 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Control de la actividad administrativa en Uruguay”. El control de la actividad administrativa. cit., p. 447.

4 IVANEGA, Miriam. “Gestión Pública y Control Interno”.

www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la...estatal/cae-ivanega-gestion.pdf

en las relaciones que operan entre los órganos gubernamentales- a su vez que concurren con diversos controles verticales.⁵

El sistema de controles en toda organización administrativa es la garantía de legitimidad y de oportunidad de la actividad administrativa, al tiempo que constituye una herramienta para asegurar la eficiencia y moralidad dentro de la Administración.⁶

La acción estatal al servicio de la persona humana, con el fin de promover el bien común, determina sancionar como ilícita no sólo la actividad ilegal, sino también aquella que sea arbitraria o voluntarista de un ente público y que no persiga tales fines.⁷

El presente trabajo será dedicado a analizar la pertinencia y legitimidad de una teoría general de la función de control, delimitar el concepto de control, en particular el control administrativo de la actividad administrativa, es decir, dentro de su propio ámbito, definir sus elementos y las relaciones que el mismo origina.

1 Pertinencia y Legitimidad de una Teoría General de la Función de Control

Ante la inexistencia de una teoría general bien aceptada de la función de control en el campo jurídico-público, Parejo Alfonso realiza un análisis de su pertinencia y legitimidad, para lo que resulta ineludible –dice- volver la vista al texto constitucional.⁸

Siguiendo ese camino, advertimos que nuestra Constitución no utiliza el término “control” en lo que a la actividad administrativa refiere, aunque emplea la expresión “contralor”, “vigilancia”, “fiscalización” o “investigación”, terminología que puede considerarse usada en el sentido de verificación o comprobación con que definimos el control.

Restringiendo el examen al contralor o fiscalización de la actividad estatal, y no a la que tiene por objeto la actividad de los particulares, puede advertirse su utilización en:

5 CASSAGNE, Juan C. “El control de la actividad administrativa en Argentina”. El control de la actividad administrativa... cit., pp. 3-4.

6 Cfr. MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. 5ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2011, p. 497.

7 Cfr. VERGARA, Alejandro. “El control jurídico de la actividad administrativa en Chile. Evolución y panorámica actual”. El control de la actividad administrativa... cit., p. 109.

8 PAREJO ALFONSO, Luciano. “El control de la actividad administrativa en el derecho español”. El control de la actividad administrativa... cit., p. 242.

El *artículo 186* al limitar la forma de Ente Autónomo en la organización de determinadas actividades, establece que las mismas podrán ser organizadas en la forma que sea compatible con el *contralor* del Poder Ejecutivo.

El *artículo 213* determina el contenido del proyecto de ley de Contabilidad y Administración Financiera del Estado, y en él incluye los requisitos establecidos con fines de *contralor* en materia financiera y económica.

el *artículo 228* asigna al Tribunal de Cuentas de la República la *vigilancia* en la ejecución de los presupuestos y la función de *contralor* de toda gestión relativa a la Hacienda Pública.

El *artículo 273* con carácter general, confiere a la Junta Departamental el ejercicio de las funciones legislativas y de *contralor* en el Gobierno Departamental.

El *artículo 285* refiere al denominado Llamado a Sala al Intendente para pedirle los informes que la Junta estime convenientes con fines legislativos o de *contralor*.

El *artículo 181/6* establece entre las atribuciones de los Ministros *vigilar* la gestión administrativa y adoptar las medidas adecuadas para que se efectúe debidamente e imponer penas disciplinarias.

El *artículo 119* atribuye a las Cámaras legislativas el poder de hacer venir a Sala a los Ministros de Estado para pedirles y recibir los informes que estimen convenientes con fines legislativos, de *inspección o fiscalización*.

El *artículo 120* faculta a las Cámaras a nombrar comisiones de *investigación*.

El *artículo 286* habilita a la Junta Departamental a nombrar comisiones de *investigación* para suministrar los datos que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, son numerosas las disposiciones que utilizan las expresiones autorización o autorizar; observación, observar u observancia; terminología que puede asimilarse, o bien asociarse, al ejercicio de la función de control de la actividad estatal.

Por otra parte, la Sección XVII de la Carta, dedicada al Contencioso Administrativo, revela la sujeción de la actividad administrativa al control de la propia Administración (auto-tutela) en tanto regula el sistema de recursos administrativos; y al control jurisdiccional (hetero-tutela) consistente en la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

De las citadas regulaciones constitucionales se advierte el empleo consciente y frecuente de expresiones relativas a la función de control y

por tanto, como lo dice Parejo Alfonso, la consagración del control como una categoría jurídica específica de origen constitucional, que tiene por objeto la acción o actividad del Estado o las entidades u órganos públicos en cuanto tales.⁹

La regulación constitucional pone de manifiesto, pues, que la actividad de control atraviesa la estructura y funcionamiento del Estado a todo nivel; con contenidos diversos y de alcance heterogéneo; la existencia de dos sujetos diferenciados en el ejercicio de la función de control (controlado y controlante) y dos actividades distintas, la controlada y la controlante, siendo la segunda una actividad *derivada*, en tanto presupone lógicamente la primera.

Todo lo cual, da lugar a una gran variedad de figuras de control y una acentuada diversidad tipológica, que encuentran su origen o razón de ser, en el propio texto constitucional.

De todos modos, y a pesar de tal diversidad, puede destacarse un elemento común, que es la *valoración*, es decir, el *juicio*, en tanto implica siempre una actividad de comprobación y examen desde un determinado criterio de medida o referencia.

Es por tal razón que podemos concluir, con el autor citado y a la luz de nuestro texto constitucional, que puede inferirse de forma clara que, con independencia de la heterogeneidad orgánica y funcional, así como del distinto alcance de las técnicas de control, en la Constitución puede identificarse una actividad definida de control, que tiene una funcionalidad específica en el Estado. En el orden constitucional es discernible – conforme al autor¹⁰ en conclusiones perfectamente trasladables a nuestro marco constitucional- un verdadero esquema o sistema de control, que guarda relación con, y está al servicio de, el orden constituido para los poderes públicos.

En suma. El control como forma de limitación del poder del Estado, es un verdadero principio de origen constitucional, propio del Estado Constitucional de Derecho de nuestros tiempos.

2 Delimitación del Concepto de Control

El término control no tiene un sentido unívoco.¹¹

9 Ibidem. p. 242.

10 Ibidem. p. 244.

11 IVANEGA, Miriam. "Breves reflexiones entorno al control externo administrativo y sus consecuencias en la República Argentina". Estudios Socio Jurídicos volumen 7 N°. 1 Bogotá. Enero/June 2005.

Suele usarse en el lenguaje vulgar y corriente en el sentido de “... *dominio o poder sobre cosas, acontecimientos o personas*”. Contrariamente, y éste es el sentido que nos interesa, implica un “...*límite al poder o dominio*”.¹²

La Real Academia Española le asigna los siguientes significados: inspección, fiscalización, intervención; mando, dominio.

Es por causa de esta diversidad y oposición de significados que Delpiazzo afirma que no es posible obtener un concepto único de control, y se han ensayado diversas nociones con distinto alcance, generalmente poniendo énfasis en determinados aspectos, particularmente en la finalidad.¹³

Por este motivo, el autor entiende conveniente partir de un concepto amplio de control, y en tal sentido, siguiendo a Giannini, lo define como la “*comprobación de regularidad de una función propia o ajena*”.¹⁴

Sayagués Laso, sin definir explícitamente el concepto, apunta sobre su finalidad, refiriendo a los “...*procedimientos... destinados a asegurar que aquélla [la actividad controlada] se realice conforme a derecho y a los principios de buena administración a sus elementos esenciales (información, juicio y efectos)*”.¹⁵

Con la misma influencia doctrinaria Frugone Schiavone define el control como la comprobación de regularidad de una función propia o ajena, y de ello extrae dos componentes: 1) la función: tarea, trabajo o actividad y 2) el conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento de la función.¹⁶

Cajarville lo define como la actividad de un órgano que mediante la formulación de un juicio sobre su objeto –que puede ser la conducta personal, los actos o la gestión de otra persona, órgano o funcionario– culmina en un pronunciamiento cuyos efectos son variados y cuya finalidad es lograr la adecuación de la actividad controlada a las normas jurídicas o a criterios de oportunidad o conveniencia.¹⁷

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000100002

12 CAGNONI, José A. Introducción a la Teoría del Control. Editorial Universidad. Montevideo. 1996, p. 21.

13 DELPIAZZO, Carlos. Desafíos actuales del control. FCU. Montevideo. 2001, p. 9.

14 Ibídem, p. 9.

15 SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. FCU. Montevideo. 1959, Tomo II, p. 437.

16 FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. La actividad financiera del Estado. FCU. Montevideo. 1982, pp. 83 y ss.

17 CAJARVILLE, Juan P. Citado por DELPIAZZO, C. Derecho Administrativo General. Volumen 2. AMF. Montevideo. 2013, p. 278.

Rotondo lo define como la actividad intelectual consistente en la apreciación o juicio sobre la actuación, en principio, de otro órgano o funcionario o de un particular.¹⁸

Delpiazzo, siguiendo esa línea, ha establecido que el control de una actividad supone un juicio lógico respecto a si dicha actividad se conforma o no a las reglas que la regulan.¹⁹

Es en este sentido que Cagnoni señala como una de las características del control, la nota de accesoriedad, ya que el control no es en sí mismo un poder autónomo.²⁰ Es decir, no tiene sentido el poder de control en sí mismo, sino que siempre va a estar condicionado, va a acceder al ejercicio de un poder activo. Es necesario que exista una actividad a ser controlada, y un marco de referencia con el cual efectuar la comparación, a los efectos de comprobar si esa actividad se ajusta a lo previsto o no.

El autor, luego de analizar sendas definiciones del control en doctrina nacional y comparada, lo conceptualiza como el poder jurídicamente regulado mediante el cual el órgano controlador, en conocimiento informado debidamente sobre la actividad o los actos emitidos o que se propone emitir el órgano controlado o la conducta de los soportes de los órganos, verificando la relación de conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico y los principios de oportunidad o conveniencia que de él surgen, emite un acto en el sentido de impedir la emisión o la eficacia de voluntad del órgano controlado, o aprobándola o autorizándola o corrigiéndola por eliminación o rectificación o, en su caso, aplicando una medida respecto de la conducta de los soportes de los órganos.²¹

Durán Martínez prefiere una noción de control más esencial, y lo define como “...la acción de verificación de la regularidad de una actividad administrativa con el fin de procurar que los instrumentos de que dispone la Administración sean utilizados correctamente”.²² Como actividad humana que es, el autor destaca su finalidad, por el conocimiento mismo, o para corregir el mal funcionamiento de algo o para evitar que, en el futuro, se reitere el mal funcionamiento.²³

18 ROTONDO, Felipe. Manual de Derecho Administrativo. Montevideo. 2014, p. 463.

19 DELPIAZZO, Carlos. Desafíos actuales del control... cit., p. 9.

20 CAGNONI, José A. Introducción a la Teoría del Control... cit., pp. 25-26.

21 Ibidem, p. 26.

22 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Control de la actividad administrativa en Uruguay”. El control de la actividad administrativa... cit., p. 446.

23 Ibidem. p. 444.

Parejo Alfonso ensaya una definición de control con carácter general, descriptiva del procedimiento para su realización, como la función que se traduce en: i) una actividad de confrontación o comprobación, con emisión de un juicio con arreglo a un criterio; ii) que realiza un ente u órgano respecto de la actividad de otro; iii) y conlleva, sobre la base del juicio emitido la adopción de una medida de contenido y alcance diversos, y iv) con producción de los consecuentes efectos, positivos o negativos, en aquella actividad; efectos también diversos, dependiendo del carácter de la medida adoptada.²⁴

2.1 Control Administrativo

Vergara define el control sobre la actividad administrativa como el mecanismo, interno o externo, que, operando ex ante (de forma preventiva) o ex post (represiva), y pudiendo encontrarse dentro o fuera de la Administración pública, operaría como filtro de adecuación de la actuación administrativa conforme a derecho.²⁵

Esta definición ubica al control objeto de estudio en alguna de las clasificaciones que la doctrina ha ensayado.²⁶

Cagnoni ha propuesto clasificar el control a partir de dar respuesta a las siguientes interrogantes:²⁷

¿Quién controla? – lo que nos ubica ante el órgano controlador y su posición institucional.

¿Qué se controla? – la respuesta a esta pregunta nos dirige al objeto del control, que puede ser genérico (gestión) o individual (un acto), de juridicidad o de mérito, y a su alcance (sobre personas o actos).

¿Cómo se controla? – nos remite al procedimiento, ya sea impulsado de oficio o a solicitud de parte.

¿Cuándo se controla? – obviamente refiere a la incidencia de la variable tiempo, esto es, si la actividad de control es anterior, concomitante o posterior a la actividad controlada.

¿Para qué se controla? – nos conduce a considerar la finalidad del control.

A partir de la respuesta a las interrogantes planteadas, los procedimientos de control, que tienen la misma finalidad -comprobar la

24 PAREJO ALFONSO, L. op. cit., p. 242.

25 VERGARA, A. op. cit., p. 111.

26 BARRAZA, Javier y SCHAFFRIK, Fabiana. El control de la Administración Pública. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1995, pp. 67 a 70.

27 CAGNONI, J.A. Introducción a la Teoría del Control... cit., p. 42. Cfr. DELPIAZZO, C. op. cit. p. 13.

regularidad de una determinada actividad o conducta-, pueden clasificarse según distintos criterios, útiles para su caracterización y determinación de su régimen jurídico:²⁸

Según la naturaleza del órgano de control, cabe distinguir el control *parlamentario*, ejercido por los órganos legislativos, el control *administrativo*, confiado a los órganos administrativos, el control *jurisdiccional*, encomendado a los órganos jurisdiccionales en general, el control *mixto*, en el que intervienen varios órganos de distinta naturaleza, y el control *popular*, ejercido por el pueblo directamente.

Según la índole del acto de control, podemos destacar el control *legislativo*, que se manifiesta mediante el dictado de leyes, el control *administrativo*, que se expresa a través de actos administrativos y el control *jurisdiccional*, cuyo medio de expresión es la sentencia.

De acuerdo a la oportunidad, podemos distinguir el control *previo*, *concomitante* o *a posteriori*, que respectivamente, se lleva a cabo antes o durante el proceso de formación del acto o después, para que éste despliegue sus efectos. También la consideración del factor tiempo, permite clasificar el control como *permanente* u *ocasional*.

Según el objeto de control, cabe diferenciar el control *de legalidad*, que persigue que la actividad controlada se ajuste a las normas jurídicas que la regulan, y el control *de mérito*, destinado a apreciar la oportunidad y conveniencia de los actos dictados por el órgano controlado.

De acuerdo a su alcance, el control puede recaer sobre las *personas*, o sea, sobre la conducta de los funcionarios del órgano controlado, o sobre la *gestión o los actos*, abarcando actos y actividad propios de este.

En función de la posición institucional del órgano de control, podemos distinguir dos subtipos o clasificaciones:

- a. el control *interno*, que es el ejercido por dependencias pertenecientes a la misma Administración controlada (Ej. Auditorías Internas) y el control *externo*, confiado a órganos ajenos a la Administración controlada y muchas veces especialmente creados para esa función. De Figueiredo distingue estas dos modalidades, denominando al primero autocontrol y al segundo heterocontrol.²⁹

28 CAGNONI, J.A. Introducción a la Teoría del Control... cit., pp. 43 y ss. Cfr. DELPIAZZO, C. op. cit. pp. 11 y ss.; VÁZQUEZ, Cristina. La actividad de control. Transformaciones actuales del Derecho Administrativo. Carlos Delpiazzo (Coordinador). FCU. Montevideo. 2010, pp. 289-290.

29 DE FIGUEIREDO, Diogo. "Control de la actividad administrativa". El control de la actividad administrativa... cit., Traducción Víctor Hernández Mendible y Eustaquio Jiménez Rodríguez, pp. 82-83; cfr. QUINTERO, Gustavo y SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge E. "Los medios de control de la Administración en Colombia". El control de la actividad administrativa... cit., p. 146.

- b. el control *vertical*, derivado de órganos vinculados jerárquicamente y el control *horizontal*, en cuyo caso los órganos –controlante y controlado- se hallan en una situación de equiordenación.

En atención a la forma de impulsión, el control será *de oficio*, cuando se inicia por el órgano controlador, *a instancia de parte*, si es necesario que un interesado inicie el procedimiento, por ejemplo, quien deduce un recurso, y *obligatorio*, que se desenvuelve necesariamente en el momento oportuno.

Vázquez agrega a los clásicos criterios de clasificación del control, el que *atiende a la función sobre la que recae el control*, según sea ella administrativa, legislativa o jurisdiccional, resultando las categorías respectivas de control administrativo, legislativo y jurisdiccional.³⁰

En esta oportunidad nos referiremos al control administrativo ejercido por órganos administrativos, internos o externos al órgano controlado, mediante el ejercicio de la función administrativa, de oficio o a pedido de parte, sobre la actividad administrativa, el que puede ser previo, concomitante o posterior, de legalidad o de mérito, y que podrá recaer sobre personas, actos o la gestión del controlado.

Jinesta Lobo lo define como el control de legalidad y de oportunidad en vía administrativa, haciendo referencia al procedimiento administrativo como forma de auto-control ejercido por las propias administraciones públicas sobre sí mismas, que surge como una manifestación de la auto-tutela administrativa con el doble fin de garantizar el respeto de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados y lograr el mayor acierto o el mejor cumplimiento de los fines por las administraciones públicas.³¹

3 Elementos

En este esquema de control Parejo Alfonso³² destaca elementos comunes que le otorgan autonomía y perfil propios, a saber:

- la diferenciación orgánica, funcional y de voluntades, que da lugar a una relación jurídico pública específica;
- la actividad controlada, confrontada con un criterio o medida de valoración; y

30 VÁZQUEZ, C. op. cit., p. 290.

31 JINESTA LOBO, Ernesto. "Control de la función administrativa en Costa Rica". El control de la actividad administrativa... cit., p. 188.

32 PAREJO ALFONSO, L. op. cit., p. 244.

- el desarrollo de la actividad de control en tres fases: de información, examen y comprobación (juicio) y adopción de medidas procedentes.

La exteriorización de la comprobación en el proceso de verificación, constituye el juicio a que hace referencia la noción de control, y como tal, integra uno de los tres elementos esenciales según Sayagués:³³

- los poderes o medios de información por los cuales el órgano de control toma conocimiento de la actividad que desarrolla el órgano o funcionario controlado;
- el procedimiento de control, o sea, la forma como el órgano de control emite su pronunciamiento, favorable o no, sobre la actividad controlada;
- los efectos y eventual ejecución del juicio de comprobación, en cuanto esté dirigido a la corrección de la irregularidad detectada.

Por su parte, Cagnoni se ha referido a los siguientes componentes del control, como elementos.³⁴

En primer lugar, refiere al *órgano controlador*. Existen órganos (o sistemas orgánicos) que tienen atribuido un poder de control sobre otros órganos o sistemas (es el caso, entre otros, del Poder Ejecutivo respecto de los entes descentralizados); y por otro lado, existen órganos creados exclusivamente para ejercer el poder de control (por ejemplo Tribunal de Cuentas en materia financiero contable).

En segundo término, las diversas definiciones coinciden, con matices, en el *fin perseguido*, esto es, la constatación de que la actividad, hecho o acto controlado es conforme a Derecho, a las normas que lo determinan, a principios reguladores o incluso al mérito; es decir, si se ha verificado la regularidad jurídica y los criterios de oportunidad de una actividad o conducta. En esencia, convergen en esta finalidad: hacer efectiva la limitación en el ejercicio del poder, de manera de evitar sus abusos y proteger la libertad personal.

El tercer elemento es el *procedimiento*, la forma en la que se desarrolla el control, que debe ser concebido de modo tal que sirva, a la vez, para asegurar la eficacia del control y constituirse en garantía del controlado. Es por este motivo que no existe un único procedimiento, sino que variarán según la naturaleza y el medio de control (procedimiento

³³ SAYAGUÉS LASO, E. op.cit., pp. 441 y ss. Cfr. DELPIAZZO, C. op. cit. p. 10.

³⁴ CAGNONI, José A. Introducción a la Teoría del Control... cit., p. 35.

administrativo, proceso jurisdiccional, procedimientos de control parlamentario, etc.).

La doctrina³⁵ describe el proceso de control, identificando un primer *momento preparatorio*, de toma de información acerca del objeto a controlar, para cuyo ejercicio consideramos que no resulta necesaria una atribución expresa de poder. En efecto, se trata de una potestad implícita, necesaria para el cumplimiento de su cometido. Por el contrario, las limitaciones a dicho poder deben surgir de disposiciones expresas. Este poder incluye medidas como requerir informes o copias de resoluciones u otros documentos, examinar expedientes, efectuar inspecciones o auditorías, practicar arqueos, realizar investigaciones con fines informativos, etc.

Una segunda etapa es el *momento nuclear*³⁶, en el que se emite el juicio acerca de si la actividad controlada se ajusta o no al marco regulatorio, a los principios o incluso al mérito. Diversos aspectos intervienen en la emisión de dicho juicio: 1) el acto mental de razonar; 2) la idea o ideas que se van a distinguir; 3) la síntesis de dichas ideas mediante la atribución o inherencia; y 4) la presentación del juicio a través de signos, palabras, símbolos o lenguaje mediante el *enunciado*. Es lo que ha dado en llamarse 'Teoría del Razonamiento Correcto', en la que el examen de razonabilidad y la ponderación juegan un papel esencial.

En efecto, el juicio de conformidad, ante una situación de tensión entre derechos, será desplegado de acuerdo con el '*bloque de convencionalidad*' y una interpretación '*desde*' o '*conforme*' a la Constitución. En el desarrollo de este razonamiento la técnica de la *ponderación*, no sólo subsunción, es la herramienta que caracteriza el juicio.

Un primer paso del razonamiento es la *armonización*, mediante la cual se salvaguarda el '*contenido esencial*' del derecho. El segundo paso es el denominado '*triple test*' de *adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.

En este proceso de juicio de *razonabilidad*, cabe destacar las pautas interpretativas aplicables cuando están en juego derechos humanos, tales como la pauta a favor de la persona ('*pro homine*'), la interpretación extensiva de derechos, interpretación restrictiva de limitaciones, la

35 Seguimos al respecto a DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo General... cit., pp. 279-280, con alguna precisión.

36 Preferimos hablar de momento nuclear y no 'lógico' porque no siempre el juicio de comprobación tiene que ver con la operación lógica del silogismo de subsunción. Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. p.445.

directriz de preferencia, esto es, la interpretación más protectora de la libertad y de la víctima, y la directriz de preferencia de normas, es decir, escoger la norma más favorable al derecho, con independencia del nivel jerárquico.³⁷

Finalmente puede aparecer un *momento conminatorio*, que es de carácter *eventual*; una fase que se dará sólo si el juicio es negativo y por lo tanto, deberá ser seguido de medidas tendientes a la corrección o eliminación de la irregularidad o desvío constatado. En esta etapa de ejecución del control, las medidas a adoptar dependen del medio de control, a saber: detener la formulación o eficacia del acto, otorgar una autorización o aprobación, disponer una intervención preventiva, deteniendo temporalmente la ejecución del acto, o resolver la extinción del acto mediante su anulación, o de sus efectos –revocación- o disponer la sustitución, así como establecer una corrección disciplinaria o sancionatoria, o en su caso, entablar la denuncia a otro órgano competente.

El último de los elementos del control son los *medios*, que son los instrumentos mediante los cuales se expresa el control, a través de los que se manifiesta el juicio de comprobación, cualquiera sea la función que se ejerce en el proceso de control (parlamentario, administrativo, jurisdiccional). De Figueiredo define los instrumentos de control administrativo como los actos y procesos propios, previstos en el orden jurídico, destinados a suscitar y a realizar el reexamen de aquellas relaciones administrativas que sean sospechosas de defectos en la conformación legal o en el mérito.³⁸

4 Relaciones

El ejercicio de la función de control de carácter administrativo, genera distintos tipos de relaciones: verticales o jerárquicas (relaciones de sub y supra-ordenación) u horizontales o de tutela o coordinación (relaciones de equi-ordenación o equivalencia institucional).

Los *recursos administrativos* son medios de impugnación de los actos administrativos³⁹; y deberían constituir una efectiva herramienta de control en tanto, al permitirle al particular ejercer su derecho a ser oído,

37 RISSO FERRAND, Martín. Algunas garantías básicas de los derechos humanos. FCU. Montevideo. 2008. Pp. 30-31.

38 DE FIGUEIREDO, D. op. cit., p. 83.

39 CAJARVILLE, Juan P. Recursos administrativos. Fundación de Cultura administrativa. Montevideo. 2002, p. 61.

obliga al órgano emisor del acto a revisar su propia actividad (recurso de revocación), o al superior jerárquico, permitiéndole revocar, sustituir o modificar el acto resistido (recurso jerárquico); o al poder central (sistema primario) a revisar la legitimidad del acto dictado por un Servicio Descentralizado (sistema secundario), confirmándolo o anulándolo, total o parcialmente (recurso de anulación).^{40 41}

Los recursos administrativos son instrumentos de control de la actividad administrativa a iniciativa de los particulares, sujetos ajenos al aparato estatal, y no de oficio.⁴²

Sobre las ventajas de los recursos administrativos como modos de control puede destacarse su carácter interno, lo que permite que errores o ilegalidades sean detectados en el ámbito administrativo, e impiden que trascienda dicho ámbito, y detectar vacíos que pueden ser llenados. Al mismo tiempo, puede señalarse algunas desventajas del medio recursivo ya que, en los hechos, en general la Administración confirma los actos resistidos⁴³, además de constituirse en segundas oportunidades para la Administración.⁴⁴

Respecto de los recursos administrativos Quintero y Santos, sostienen que además de ser un medio de impugnación frente a las decisiones administrativas de que disponen sus destinatarios –lo cual busca fortalecer el respeto de los derechos ciudadanos- en el derecho colombiano continúan siendo una expresión o mecanismo de autocontrol de la administración, en tanto es ella misma quien decide si mantiene el acto administrativo, lo revoca o modifica... de tal manera que continúan siendo una especie de privilegio para la administración, especialmente si se

40 Artículo 317 de la Constitución uruguaya: Los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el Diario Oficial.

Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquías, podrá ser impugnado, además, con el recurso jerárquico, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria, al recurso de revocación.

Cuando el acto administrativo provenga de una autoridad que según su estatuto jurídico esté sometida a tutela administrativa, podrá ser impugnado por las mismas causas de nulidad previstas en el artículo 309, mediante recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al recurso de revocación.

Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar con los recursos de reposición y apelación en la forma que determine la ley.

41 Cfr. BEJAR, Luis. J. "El control de la actividad administrativa en México". El control de la actividad administrativa... cit., p. 380.

42 LINARES, Juan F. Derecho Administrativo. Astrea. Buenos Aires. 2000, p. 343.

43 DELPIAZZO, C., op. cit., pp. 43-44.

44 Sobre las ventajas y desventajas de los recursos administrativos, puede verse BEJAR, Luis. J. op. cit., p. 380.

tiene en cuenta que la interposición del de apelación continúa siendo un requisito previo para el enjuiciamiento de la actuación administrativa.⁴⁵

Lo dicho es perfectamente aplicable a nuestro Derecho, en que el previo agotamiento de la vía administrativa es un presupuesto para el inicio de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en orden a obtener la anulación de actos administrativos contrarios a la regla de derecho o con desviación de poder.⁴⁶

El control se ejerce, asimismo, *de oficio*, esto es, sin mediar impugnación, derivado del poder de mando propio de la relación jerárquica; o bien proveniente del denominado control “*de descentralización*”.⁴⁷ Y este control de oficio no sólo comprende la actividad administrativa, sino también las personas, y se ejerce por razones de legitimidad o mérito.

En lo que refiere al funcionamiento de la hacienda pública existe una organización administrativa contable, procedimientos administrativos para la recaudación, asignación presupuestal y para la realización del gasto público, así como el dictado de actos administrativos sujetos a control.⁴⁸ El control de los referidos actos es ejecutado por el Tribunal

45 QUINTERO, Gustavo y SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge E. op. cit., p. 149.

46 Artículo 309 de la Constitución. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.

La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.

La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.

47 Artículo 197 de la Carta: Cuando el Poder Ejecutivo considere inconveniente o ilegal la gestión o los actos de los Directorios o Directores Generales, podrá hacerles las observaciones que crea pertinentes, así como disponer la suspensión de los actos observados.

En caso de ser desatendidas las observaciones, el Poder Ejecutivo podrá disponer las rectificaciones, los correctivos o remociones que considere del caso, comunicándolos a la Cámara de Senadores, la que en definitiva resolverá. Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 198.

Artículo 198: Lo dispuesto en el artículo precedente es sin perjuicio de la facultad del Poder Ejecutivo de destituir a los miembros de los Directorios o a los Directores Generales con venia de la Cámara de Senadores, en caso de ineptitud, omisión o delito en el ejercicio del cargo o de la comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio de la institución a que pertenezcan. Si la Cámara de Senadores, no se expidiera en el término de sesenta días, el Poder Ejecutivo podrá hacer efectiva la destitución.

Cuando lo estime necesario, el Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros, podrá reemplazar a los miembros de Directorios o Directores Generales cuya venia de destitución se solicita, con miembros de Directorios o Directores Generales de otros Entes, con carácter interino y hasta que se produzca el pronunciamiento del Senado.

Las destituciones y remociones previstas en este artículo y en el anterior, no darán derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

48 Artículos 214 y siguientes y 211 literal B) de la Constitución. Compete al Tribunal de Cuentas: B) Intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al solo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes. Si el ordenador respectivo insistiera, lo comunicará al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto.

de Cuentas de la República, control que según la doctrina genera una relación de carácter externo, aunque sería interno si se considera que los órganos intervinientes en el proceso conforman un sistema orgánico acentralizado.

La acentralización es también un sistema orgánico compuesto formado por dos o más simples. Pero estos sistemas no están supraordenados sino equiordenados y no son fijos sino móviles. Estos sistemas se enlazan por la primacía institucional, que se traslada de uno a otro en función de la oportunidad.⁴⁹

Durán Martínez⁵⁰ recuerda las opiniones de Prat, que incluye al control del Tribunal de Cuentas dentro de los controles externos de la actividad financiera;⁵¹ y también la de Delpiazzo que estima que este Tribunal ejerce el contralor externo de la hacienda pública.⁵² Concretamente lo considera un “contralor administrativo, externo, preventivo, permanente y ‘a posteriori’ de la legalidad de la gestión económica financiera estatal”, sin perjuicio de otros.⁵³

Durán Martínez analiza las afirmaciones de Prat y de Delpiazzo en cuanto al carácter externo de este control, y la considera correcta, en la visión tradicional, desde el momento que se ejerce sobre personas jurídicas distintas, como lo son los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y, cuando se ejerce sobre órganos de la misma persona que integra (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Corte Electoral) lo hace sobre órganos que tienen autonomía funcional, y no se vinculan con él a través de la jerarquía. Pero, concluye, si tenemos en cuenta que integra con cada una de las personas jurídicas y órganos indicados, un

Si el Tribunal de Cuentas, a su vez, mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga sus veces, a sus efectos.

En los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, el cometido a que se refiere este inciso podrá ser ejercido con las mismas ulterioridades, por intermedio de los respectivos contadores o funcionarios que hagan sus veces, quienes actuarán en tales cometidos bajo la superintendencia del Tribunal de Cuentas, con sujeción a lo que disponga la ley, la cual podrá hacer extensiva esta regla a otros servicios públicos con administración de fondos.

49 MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas orgánicos*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973, tomo I, pp. 27 y ss.

50 DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. p. 472.

51 PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1982, t. 5, vol. 2, pp. 158 y ss.

52 DELPIAZZO, Carlos E. *Tribunal de Cuentas*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1982, pp. 21 y 35 y ss.

53 DELPIAZZO, Carlos E. *Tribunal de...*, p. 21.

sistema compuesto acentralizado, formado por dos simples, las relaciones entre ellos son internas.⁵⁴

En el proceso de compromiso del gasto, el Tribunal de Cuentas puede observar la legalidad del gasto y el ordenador puede reiterarlo, pasando los antecedentes a la Asamblea General, la que podrá echar a andar los mecanismos de control parlamentario constitucionalmente previstos. Durán Martínez sostiene que el órgano parlamentario ejerce control sobre el sistema acentralizado, integrado por el Tribunal de Cuentas y el órgano licitante.⁵⁵ En lo personal entiendo que el sistema acentralizado está integrado por los tres órganos: se advierte, así, la intervención de tres centros que, dependiendo de la etapa del procedimiento del gasto, adquieren primacía institucional, esto es, una situación de preeminencia relativa⁵⁶ que confiere la facultad de impartir directivas a los otros órganos, que cuentan con el poder de seguirlas o no.

Finalmente, cabe destacar el control externo propio de los entes reguladores, que versa sobre la actividad administrativa de los órganos regulados. Sus atribuciones generales son de índole normativa, fiscalizadora, sancionadora y de resolución de conflictos que se produzcan dentro de su respectivo ámbito de competencia.

Vázquez sostiene que la actividad asignada a dichas entidades puede encuadrarse en el concepto de *control*, en su acepción amplia, como limitación del poder, en cuanto la misma se orienta a la sostenibilidad en el sentido de continuidad y seguridad del servicio en el largo plazo, la eficiencia tanto productiva como asignativa, y la equidad, como objetivos instrumentales respecto del objetivo principal de protección de los derechos de los usuarios o consumidores, frente al poder del prestador.⁵⁷

5 Reflexiones Finales

Podemos afirmar con Lowenstein que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede.⁵⁸

54 DURÁN MARTÍNEZ, A. op. cit. p. 472.

55 Ibidem. p. 473.

56 MENDEZ, Aparicio. La Teoría del Órgano (edición definitiva). Amalio M. Fernández. Montevideo. 1971, pp. 154-155.

57 VÁZQUEZ, C. op. cit., pp. 293-294.

58 LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Segunda edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1976, p. 28.

Una adecuada modalidad de control debe significar, por una parte, válvula de contención en contra de los abusos del poder y, por otra, amparo a los administrados contra las arbitrariedades o desvíos que se puedan cometer.

El control administrativo de la actividad de la Administración consiste en la posibilidad que la ley reconoce a ésta de revisar, bien sea de oficio o a petición de parte interesada, sus propias decisiones, o las de sus subordinados o controlados (según el sistema orgánico administrativo en el que se integra el órgano prestador de la actividad controlada), por motivos de oportunidad o conveniencia y de legalidad.

Jinesta Lobo afirma que el control de toda conducta administrativa, sea activa u omisiva, es una noción esencial del Estado Constitucional de Derecho, señalando que la eficacia jurídica plena y directa de la Constitución y del bloque de legalidad, dependen de la existencia de controles también reales y efectivos... Los principios de primacía de la Constitución y de la ley, cada uno en su ámbito, dependen de la existencia de controles accesibles y efectivos. Mediante los controles se actúan los límites al poder, en este caso de las administraciones públicas, y desde luego tutelan las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados. Y concluye que el control, es consustancial al poder ejercido por las administraciones públicas, puesto que, estas no existen sin aquel, el control se impone para encauzar la conducta administrativa dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento jurídico y lograr la consecución de los fines públicos; también es garante de la probidad, buena fe y moralidad administrativas, dado que la finalidad de los diversos sistemas y procedimientos de control es verificar la adecuación sustancial de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración.⁵⁹

Hacemos nuestras las afirmaciones de Cagnoni cuando reflexiona acerca del estudio y enseñanza de los poderes del gobierno y los sistemas orgánicos, que no pueden eludir la presencia paralela del control, sin cuya efectiva aplicación según su regulación por el ordenamiento jurídico, los abusos y disfunciones en el ejercicio del poder tornan ilusoria –meramente declarativa- la invocación a la existencia del Estado de Derecho.⁶⁰

59 JINESTA LOBO, E., op. cit., p. 188.

60 CAGNONI, J. A., op. cit., p. 81.

Parte II
Marcos Jurídicos del Control
Administrativo

(Planificación y Control, Los Tiempos del Control,
Regulación y Control)

Modelos de Control Público de la Corrupción en el Derecho Comparado

Alfonso Buteler*

Introducción

La presente investigaciones tiene por objeto analizarlos diversos modelos utilizados a nivel mundial para el control de la corrupción estatal. Cabe aclarar que haremos referencia a los organismos públicos –o de composición mixta, en algunos supuestos– que tiene a su cargo el control de ese flagelo en los diversos países.

A partir de tal objetivo, clasificaremos los diferentes modelos de organización que utilizan los estados para enfrentar ese nocivo mal.

1 El Fenomeno de la Corrupción

Como ya lo hemos señalado en otras investigaciones¹ la corrupción constituye un fenómeno que aqueja y preocupa al mundo entero poniendo en jaque muchas de las bases del Estado moderno.

Así, en el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción se señala lo siguiente:

“Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada

* Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios, Magister Derecho Administrativo (Universidad Austral) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNC), Secretario de Investigaciones de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA), Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Autor de cuatro libros y de numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas sobre la materia.

1 BUTELER, Alfonso, “Corrupción y derecho administrativo”, en A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Editora Forum, Belo Horizonte, Brasil, n° 48, p. 97 y ss.

y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados”.

Ello, en virtud de que dicho flagelo genera una gran inestabilidad institucional y una fuerte desconfianza de los ciudadanos que termina socavando el ejercicio mismo del poder estatal por parte de la autoridad pública. En ese orden de ideas, el temor global gira en torno a la preocupación de que la corrupción termine afectando al sistema de representación democrático², pues las prácticas corruptas generan un efecto de descreimiento en las reglas que rigen la vida cívica dejando traslucir la idea de que “todo vale”.

Por tal motivo, como veremos en el mas adelante, los diversos países han puesto su mira en mejorar los modelos para controlar la corrupción.

2 Las Pautas de las Convenciones Internacionales sobre los Organismos que Controlan la Corrupción

En lo que se refiere a los instrumentos de control estatal de las prácticas corruptas es importante señalar que las convenciones anticorrupción de mayor relevancia a nivel global contienen regulaciones expresas y detalladas sobre este punto, fijando los lineamientos principales que deben seguir los estados miembros al establecer o darle origen a los organismos que van a tener que controlar la transparencia pública y privada.

2. 1 El Sistema Interamericano

En el ámbito de referencia, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) ha establecido pautas claras en la temática que nos ocupa, las cuales deben ser tenidas en cuenta por las autoridades públicas de los países miembros de dicho instrumento internacional bajo

² MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 121.

pena de responsabilidad internacional, dado el carácter operativo de sus normas³, salvo en lo que refiera a la cuestión penal⁴.

En tal orden de ideas, la CICC: a) Hace hincapié en el carácter preventivo del control de las prácticas corruptas; b) Prescribe la obligación de los estados de crear organismos de control con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir detectar sancionar y erradicar la corrupción (Art. III, 9) y c) Impone a los Estados el establecimiento de sistemas adecuados para recaudación y el control de los ingresos del Estado que impidan la corrupción (Art. III, inc. 6).

2. 2 El Modelo de Naciones Unidas

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC) contiene preceptos normativos puntuales en lo concerniente a los organismos a cargo del control de la corrupción.

En tal orden de ideas, estipula la obligación de los Estados parte de: a) Realizar una evaluación periódica para detectar si los instrumentos jurídicos y administrativos utilizados en el país para combatir la corrupción son adecuados; b) Adoptar las medidas que sean necesarias, para alentar la cooperación entre, por un lado, organismos públicos de cada Estado Parte, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. (Art. 38); c) Garantizar la existencia de órganos encargados de prevenir la corrupción y de otorgarles la independencia necesaria, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación de los empleados para el correcto desempeño de sus funciones que tienen asignadas (Art. 6°) y d) Cada uno de los Estado Parte -de acuerdo con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico- debe contar con uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley (Art. 36).

En lo referido a esta cuestión se ha señalado que tales organismos deben trabajar sin interferencias indebidas y que la independencia

3 Carlos A. Manfroni destaca que la operatividad no es inmediata en materia penal (*La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2001, 2ª Ed. act. p. 112)

4 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª Ed. T. I, p. XVI, 19.

constituye una exigencia fundamental, que consiste en la capacidad operativa de establecer objetivos e implementar políticas sin injerencias, más allá de la diversidad en la ubicación institucional que estos cuerpos de prevención de la corrupción pueden presentar.⁵

3 Los Sistemas Utilizados para el Control Estatal de la Corrupción Pública

El análisis del derecho comparado pone de resalto que los países han utilizados diversos modelos organizativos para controlar, en la faz interna de sus territorios, la corrupción estatal.

Es importante destacar que muchos de esos sistemas, como veremos luego, no se han adecuado –al menos por ahora– a los estándares establecidos por las convenciones internacionales que hemos dado cuenta.

3.1 Ministerio Especial

En algunos modelos del derecho comparado se ha dotado de rango ministerial a los organismos que tienen a su cargo de la lucha anticorrupción. Este es el caso de Bolivia en donde se creó el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción.⁶

Entre sus objetivos se destaca: a) Desarrollar acciones preventivas que permitan generar prácticas sostenibles en la ética ciudadana y pública, en la rendición de cuentas y en el acceso a la información pública; b) Desarrollar acciones correctivas en la totalidad de los ámbitos donde se utilizan recursos del Estado a través del uso cabal, oportuno y estricto de la ley que permita cumplir el castigo correcto; c) Elaborar, mejorar, difundir, implementar y usar correctamente la ley para que tanto ciudadanos como servidores públicos sean capaces de tomar acciones preventivas y correctivas oportunamente en cualquier labor que desarrollen y d) Ejercer el derecho a la participación.

5 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global, 2ª edición actualizada, p. 33.

6 El estado boliviano cuenta con la Ley Nro. 004 de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito del 31 de Marzo de 2010.

En el art. 2 define a la corrupción de la siguiente manera “Es el requerimiento o la aceptación, el ofrecimiento u otorgamiento directo o indirecto, de un servidor público, de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad, a cambio de la acción u omisión de cualquier acto que afecte a los intereses del Estado.”

Como puede apreciarse dicho Ministerio integra la administración central y se ubica en el segundo grado dentro de la organización administrativa boliviana.

3. 2 Fiscalías Especiales

En otros sistemas del derecho comparado el escrutinio de la corrupción estatal se encuentra en cabeza de fiscales especializados que integran la organización del Poder Judicial del país.

3.2.1 Fiscalía Anticorrupción (España)

En el año 1995 se creó la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción encargada de la persecución de los ilícitos penales de esta naturaleza en los que concurren circunstancias de gran trascendencia social; circunstancia que depende de la valoración discrecional del Fiscal General del Estado⁷.

Cabe destacar que Ley 24 del año 2007, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha modificado la denominación de la referida Fiscalía Especial para adoptar el nombre de Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.⁸

Este organismo, caracterizado por la especialidad, integra el Ministerio Público español, razón por la cual comparte diversas características, en especial la amplia base legal de sus actividades, conforme al art. 124 de la Constitución⁹ y al Estatuto del Ministerio Público.

A pesar de la modificación aludida conserva su carácter multidisciplinario, lo que lo distingue de otras fiscalías. Se apoya en las unidades especializadas que han sido destacadas por el Fisco (tres inspectores y seis inspectores adjuntos), por la Unidad de Apoyo de la Inspección

7 ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, "Las fiscalías especiales, Su función en la lucha contra la moderna criminalidad y su relación con el Fiscal General de Estado" en AA.VV. *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, (Nicolás Rodríguez García y Eduardo A Fabián Caparrós, coords.), Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 291.

8 BUTELER, Alfonso "El control de la corrupción en el derecho comparado – Los casos de Argentina, Brasil y España", *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C (Doutrina)*, año 13 n° 53 julio/septiembre 2013 pp. 23-43. Paraná, Brasi.

9 Ese precepto estipula lo siguiente: "El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad."

Administrativa General de la Función Pública (dos inspectores y tres administradores) y por la Guardia Civil o Gendarmería y la Policía Nacional o Policía Judicial (25 oficiales). La combinación de agentes venidos de diferentes ramas de la Administración, bajo la exclusiva autoridad del Procurador General de esta Fiscalía, como puede apreciarse, representa una orientación nueva en relación con los métodos tradicionales de funcionamiento de las instituciones judiciales españolas y ha servido de modelo a otros países europeos.¹⁰

De este modo, la denominada Fiscalía Anticorrupción desarrolla las funciones que legalmente le vienen atribuidas, en una triple dirección: a) Delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica; b) Delitos de corrupción pública y c) Delitos de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales, de especial importancia, salvo aquellos que se refieran mayoritariamente al narcotráfico así como los delitos de terrorismo.

3.3 Organismos Independientes

En otros modelos existentes en el mundo se ha acudido a la creación de organismos dotados de independencia, tal como daremos cuenta seguidamente.

3.3.1 Contraloría General de la República (Colombia)

La Contraloría General de la República es el máximo órgano de control fiscal del Estado, conforme lo estipula el art. 119 de la Constitución de ese país. Dicho organismo tiene a su cargo la supervisión de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación (Art. 267)

Es uno de los órganos autónomos e independientes del Estado, ya que no se encuentra bajo la dependencia de ninguno de los poderes del Estado colombiano. Es importante remarcar, el dato de que posee autonomía presupuestaria y financiera.¹¹

10 Cfr. "El control de la corrupción en el derecho comparado: Argentina, España, Francia y México", Biblioteca nacional de Chile, Serie Estudios, AÑO XV, N° 316 (2005)

11 Art. 267 de la Constitución.

3.3.2 Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Ecuador)

La Constitución ecuatoriana prescribe la existencia del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como una entidad autónoma, que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social.

En tal orden de ideas, el art. 207 de la Ley Fundamental de dicho país estipula que tal organismo:

“promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones. El Consejo se integrará por siete consejeras o consejeros principales y siete suplentes. Los miembros principales elegirán de entre ellos a la Presidenta o Presidente, quien será su representante legal, por un tiempo que se extenderá a la mitad de su período. La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley”.

Entre las funciones más destacadas debemos resalta que es la autoridad encargada de la lucha anticorrupción y de la aplicación del Convenio Interamericana contra la Corrupción en el país.

El referido Consejo se encuentra integrado por siete consejos titulares y el mismo número de suplentes. Su selección se realiza por concurso público de oposición y antecedentes a partir de la propuesta realizada por las organizaciones sociales y la ciudadanía en general.

Por su parte, la ley orgánica del Consejo establece que se trata de un organismo de derecho público, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.¹²

3.3.3 Consejo Nacional Anticorrupción (Honduras)

Mediante el Decreto 7-2005 se creó el Consejo Nacional Anticorrupción como organismo independiente, con personalidad jurídica, duración indefinida y patrimonio propio.¹³

¹² Art. 3.

¹³ Art. 1.

El Consejo tiene a su cargo apoyar las políticas y las acciones que, en el combate contra la corrupción, emprenda el Gobierno de la República.

La Asamblea General del Consejo Nacional Anticorrupción se encuentra integrada por un representante de cada uno de los siguientes organismos de la sociedad civil: 1) Arzobispado de Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central; 2) Confraternidad Evangélica de Honduras; 3) Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP); 4) Consejo de Rectores de las Universidades legalmente reconocidas; 5) Confederaciones de Trabajadores legalmente reconocidos; 6) Asociaciones de Campesinos legalmente reconocidas; 7) Federación de Colegios Profesionales Universitarios de Honduras; 8) Federación de Organizaciones Privadas para el Desarrollo de Honduras; 9) Asociación Nacional de Empleados Públicos; 10) Asociación de Municipios de Honduras (AMHON); 11) Foro Nacional de Convergencia (FONAC); y, 12) Asociación de Medios de Comunicación.

Los representantes de los organismos son electos conforme a las regulaciones internas de cada uno de de dichas instituciones y duran en sus funciones dos años, pudiendo ser reelegidos.

Cabe apuntar que el Presidente de la República puede designar dos integrantes a título personal, de entre las personas de reconocida buena reputación, que no formen parte del Gobierno.¹⁴

3.3.4 Oficina de Responsabilidad Gubernamental (EEUU)

La Oficina de Responsabilidad Gubernamental –GAO, por sus siglas en inglés– es una entidad que tiene independencia del Poder Ejecutivo de los EEUU y respalda al Congreso Nacional.

El aludido organismo se encuentra encabezado por el Contralor General cuyo mandato es de quince años. Es elegido por el Presidente de la Nación en base a la propuesta de candidatos efectuadas por el Poder Legislativo.

3.4 Organismos Extrapoder

3.4.1 La Fiscalía de Investigaciones Administrativas (Argentina)¹⁵

¹⁴ Art. 4.

¹⁵ Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, Derecho administrativo argentino, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, T. I, p. 578.

Este organismo forma parte del Ministerio Público Fiscal como órgano dependiente de la Procuración General de la Nación¹⁶. Está compuesto por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y los demás magistrados que establece la Ley 21.383¹⁷. En razón de ubicación institucional, al integrar un órgano extrapoder, tiene independencia con relación a los tres poderes estatales lo que resulta fundamental en la medida en que su actividad es exógena a la de los investigados¹⁸.

Tiene como finalidad controlar la legalidad administrativa y en caso de detectar irregularidades, ordenar a través de un dictamen que es vinculante, la instrucción de sumarios administrativos o –en su caso– denunciar penalmente y participar en las causas con los alcances que analizaremos más adelante.

La modificación de la ley 21.383 que permitía la remoción del Fiscal de Investigaciones Administrativas por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional tal como ocurrió en el recordado caso “Molinas”¹⁹, ha sido un gran avance para lograr la independencia de este órgano de control. Es que en la actualidad la remoción dependerá de la decisión de un Tribunal de Enjuiciamiento que, a su vez, está sujeta al control judicial posterior.

La designación de los miembros de la FIA se realiza mediante la realización de un concurso público de oposición y antecedentes. La terna que resulte de ese proceso de selección debe ser elevada al Poder Ejecutivo Nacional por el Procurador General para que proponga a uno de los candidatos al Senado para su nombramiento. Los integrantes de la FIA poseen estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco años.

16 En tal sentido, el art. 120 de la Ley Fundamental dispone que “El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.”

17 B.O. 20/08/1976.

18 Aunque, como lo destaca con rigurosidad Fabián O. Canda, lo más importante es su independencia del Poder Ejecutivo ya que es ese Poder quien es investigado por la FIA (“La Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, 2º Ed., p. 833)

19 Fallos, 314:1091, (1991) En ese caso, frente al cuestionamiento –por vía de amparo– contra la legitimidad de un decreto del P.E.N. por el cual se había resuelto separar de su cargo al Fiscal de Investigaciones Administrativas sin la realización de un sumario previo, la Corte Suprema rechazó la demanda.

Por su parte, el art. 45 de Ley Orgánica del Ministerio Público²⁰ establece que dicha autoridad de contralor tiene como funciones las siguientes:

- a. Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado Nacional tenga participación.

En caso de irregularidades pasará las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, las que servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes y la FIA será tenida como parte acusadora, con iguales derechos a la sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

- b. Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos.
- c. Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia con la intervención necesaria del FIA o de los magistrados que éste determine.
- d. Tiene intervención cuando en el curso de un proceso judicial en sede penal se efectúe imputación formal de delito contra un agente público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, el juez de la causa deberá poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.
- e. Asimismo, para los casos en que los fiscales del fuero no estuvieren de acuerdo con la prosecución de la acción, podrá la FIA asumir en cualquier momento el ejercicio directo de la acción pública.

²⁰ Ley 24.946, B.O. 23/03/1998. En adelante LOMP.

Como puede advertirse, la FIA es un organismo que reúne muchas de las competencias y facultades deseables para luchar en contra de la corrupción. Así, lo pone de resalto también la labor realizada por dicho organismo en los últimos años.

Sin embargo, a partir del dictado de la Resolución 147/08 del Procurador General de la Nación²¹ la situación que se presenta es diferente en tanto se han limitado notablemente las facultades de dicho organismo en la jurisdicción penal. En dicha resolución, el PGN -dictada según dicho funcionario para precisar funciones, prerrogativas y competencia de la FIA- sostiene que:

- a. La FIA nunca fue concebida como una fiscalía penal temática, investida de la facultad de monopolizar la representación del Ministerio Público Fiscal en casos de corrupción. En contra de esa postura explicitada se ha manifestado Canda al sostener el carácter específico de la FIA y de los magistrados que la componen por sobre los demás fiscales.²²
- b. En las causas iniciadas por denuncia de la FIA mientras se mantenga la investigación a cargo del fiscal de la causa, la FIA puede acceder al expediente y concertar cursos de acción con el fiscal pero siempre la representación es única y depende del fiscal a cargo.
- c. Para que la FIA pueda ejercer directamente la acciones necesario que previamente el fiscal de la causa haya exteriorizado un criterio contrario a la prosecución de la acción. (art. 45 inc. C de la LOMP) Los fiscales deben informar a la FIA cada vez que así lo decidan para que ésta pueda asumir la defensa.
- d. Por nuestra parte destacamos, que la inteligencia asignada a dicho precepto normativo se opone a la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, habida cuenta que, si bien ante otro contexto normativo, en la causa “Ríos”²³ el Alto Tribunal admitió en el ejercicio directo de la acción pública por la FIA, aun ante la discrepancia del fiscal de la causa. Este criterio se repitió luego en “Caciatore” en 1988.²⁴
- e. La FIA no puede intervenir en las medidas cautelares.

21 En adelante PGN.

22 CANDA, F., “La Fiscalía...” *op. cit.*, p. 809.

23 Fallos, 310:1510. (1987)

24 Fallos, 311:593 (1988)

- f. Cuando una causa haya sido iniciada por una vía distinta a la denuncia de la FIA los jueces se encuentran obligados a comunicar a aquella todos los casos en los que se halle imputado un funcionario público. En esos supuestos, también se debe garantizar la intervención judicial “necesaria” de la FIA pero siempre sujeto a la decisión del fiscal de la causa.

A partir de esa decisión del PGN, el ejercicio de la acción penal directa por la FIA requiere de manera concurrente que la causa penal sea iniciada por ésta y que el fiscal federal competente tenga un criterio diferente al de dicho organismo de control en cuanto a seguir interviniendo en la causa.

Esa interpretación de las atribuciones de la FIA que propone la mentada resolución, si bien puede tener cierto respaldo normativo, violenta las prescripciones de las convenciones internacionales en cuanto obliga a cada Estado Parte a asegurar la independencia y a otorgarle las herramientas necesarias para que puedan hacer un eficaz control de la corrupción. No podemos hablar de un control eficaz de la corrupción si la FIA no tiene facultades judiciales concretas.

En contra de esta postura se ha pronunciado Bianchi²⁵ al señalar que dicha resolución del PGN “constituye una interpretación de las facultades de la FNIA ajustada al texto de la LOMP”. Es que según dicho autor, bajo la Ley 21.383, la FIA podía, en cualquier causa denunciada por ella: (a) ejercer en forma directa la acción pública o (b) impartir instrucciones a los fiscales requiriéndoles informes. Por el contrario, la LOMP limita sus funciones a una “intervención necesaria”, y solamente le permite ejercer la acción pública cuando los fiscales competentes tuvieran un criterio contrario a la prosecución de la acción. Por último, señala que si bien los términos “intervención necesaria” tal como dice la Resolución 147 son “discutibles y abiertos a debate”, lo cierto es que tal intervención no puede equipararse a la del fiscal de la causa cuando ejerce la acción pública, ni tampoco puede suponer el desplazamiento de aquél, pues la LOMP no lo autoriza. Se trata de una actividad, tal como establece la Resolución 147, de colaboración y enriquecimiento de la tarea del fiscal, que debe llevarse a cabo en forma coordinada con éste.

25 BIANCHI, Alberto B., “La alegada ‘limitación’ de las facultades de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”, Sup. Const. 2009 (mayo), 01/01/2009, 54 - LA LEY 2009-C, 711.

3.5 Organismos Especiales Bajo Dependencia del Poder Ejecutivo

3.5.1 Comisión de Ética Pública (Brasil)

La Comisión de Ética pública tuvo su nacimiento en mayo de 1999 como un órgano de carácter consultivo que depende directamente de la Presidencia de la República, responsable de la administración del Código de Ética de la Administración Pública Federal.

Dicho organismo se encuentra integrado por siete miembros con reconocida reputación, idoneidad moral, y notoria experiencia en la administración pública. Es la máxima autoridad del Poder Ejecutivo quien los escoge y duran en sus cargos tres años con posibilidades de ser reelegidos por un período consecutivo más.

3.5.2 Oficina de Conflictos de Intereses (España)

Con el dictado de la Ley n^o 5/2006, se han regulado los supuestos de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Se trata de una unidad que pertenece a la esfera de acción del Ministerio de Administraciones Públicas que actuará con autonomía funcional para la gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos.

La oficina tiene a su cargo, el asesoramiento informativo que lo ejerce a través de la registración de las actividades, bienes y derechos patrimoniales de los actos cargos y la comunicación que debe hacer cada seis meses al Congreso de los Diputados del grado de cumplimiento y las infracciones relacionadas con esta materia por parte de los altos cargos.

También, le corresponde la inspección en la tramitación de los expedientes sancionadores por la infracción de la normativa en cuestión.

3.5.3 La Oficina Anticorrupción (Argentina)

Conforme lo establece la ley 25.233²⁶ que le dio nacimiento en el año 1999, la Oficina Anticorrupción²⁷ se ubica en la esfera del Ministerio de Justicia de la Nación, es decir que se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional.

²⁶ B.O. 14/12/1999.

²⁷ En adelante OA.

Este organismo, tiene a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el Sector Público Nacional²⁸ o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. Sin embargo, carece de competencia para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, del Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales. Además, conforme lo dispone el Decreto 102/99²⁹ es la autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública³⁰ y de la CICC.

La OA está a cargo de un Fiscal de Control Administrativo, designado y removido por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia. (Art. 6)

Entre sus competencias se destacan las siguientes: a) La facultad de recibir denuncias que hicieran particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto e investigarlos si correspondiere; b) Investigar preliminarmente a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los mencionados recursos; c) Denunciar ante la justicia competente los hechos que como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos; d) Constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado. Adviértase que únicamente puede intervenir en causas penales en la calidad de querellante pero no tiene en su cabeza la posibilidad de llevar adelante la acción penal pues, de lo contrario, habría una injerencia del Poder Ejecutivo en el Ministerio Público, tal como lo entendió la Corte Suprema en el caso “Aslanian”³¹; e) Llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos. (Art. 2)

28 Al respecto el art. 8 de la Ley 24.156 (B.O. 29/10/1992) indica que el Sector Público Nacional está integrado por: a) la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social; b) las empresas y sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) los entes públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones; d) los fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

29 B.O., 29/12/1999.

30 Ley 25.188, B.O., 01/11/1999.

31 Fallos, 329:1984, (2006)

El art. 3º, por su parte, sujeta el ejercicio de las principales funciones establecidas en el art. 2º al hecho de que el Fiscal de Control Administrativo considere la cuestión de significación institucional, económica o social, lo que pone de resalto para la doctrina la discrecionalidad que posee en dicha apreciación³².

Como podrá advertirse, en esa regulación, es fundamental el principio de oportunidad, a partir de criterios de significación institucional (exceso de poder, desviación de los fines de un organismo, etc.), social (situaciones en las cuales el funcionamiento del organismo tiene un impacto apreciable en la población) y económica (cuestiones relativas a la eficiencia con la cual es administrado un organismo)³³.

En lo que respecta al aspecto adjetivo, una vez que detectada una suelta trasgresión, las actuaciones deben pasar con dictamen fundado al Ministro de Justicia, a la Procuración del Tesoro de la Nación y al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate. Ese expediente servirá de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes en donde la OA podrá ser tenida como parte acusadora con facultades de ofrecer, producir o incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

En nuestra opinión, si bien es elogiado que exista un organismo especializado en materia de corrupción, tal como lo propone cierta doctrina³⁴, el hecho de que el titular de la OA sea designado por el Presidente de la Nación y su ubicación jerárquica dentro del Ministerio de Justicia, ponen en evidencia una clara falla estructural y el incumplimiento de los estándares establecidos por las convenciones internacionales a que aludimos más arriba. Ello, en tanto, dicho organismo de control, no tiene garantizada su independencia,³⁵ habida cuenta que debe controlar a sus superiores y a quienes le asignan recursos. Es que, como lo recuerda Canda, es una regla básica en materia de control que el controlante no dependa del controlado.³⁶

32 ORGAZ, Jorge, "El procedimiento de control de las irregularidades administrativas", AAVV, *Derecho procesal administrativo*, Córdoba, Alveroni, (Ignacio Velez Funes, Dir.), 2003, TII, p. 370.

33 MASSONI, José, "La Oficina Nacional de Anticorrupción", en AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, 2º Ed., p. 759 y ss.

34 ROSE ACKERMAN, Rose, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, reforma*, Madrid, Siglo XXI, 2001, p. 208.

35 ALBERTSEN, Jorge, "La Oficina Anticorrupción", *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, nº 269-270, mayo-diciembre, 2004, p. 236.

36 CANDA, Fabián Omar, "La Fiscalía de Investigaciones Administrativas", ED, 180:199, esp. p. 801.

3.5.4 Contraloría General de la Unión (Brasil)

Este organismo fue creado en el año 2003 mediante la ley 10.683 y procura la defensa del patrimonio público y fiscaliza la utilización de los recursos públicos federales e implementa políticas de prevención de la corrupción y de la promoción de la transparencia.³⁷ Tiene a su cargo la asistencia directa e inmediata al Presidente de la República en los asuntos que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, sean relativos a la defensa del patrimonio público y al aumento de la transparencia de la gestión por medio de las actividades de control interno, auditoría pública, corrección, prevención y combate a la corrupción y mediación.

3.6 Entes Autónomos

3.6.1 La Contraloría General de la República (Chile)

La Contraloría General de la República es una entidad fiscalizadora superior de carácter jurídico, contable y financiero, que posee autonomía y rango constitucional. Le corresponde llevar a cabo el control de legalidad de los actos de la administración pública, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos fiscales, municipales y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes, examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes fiscales y municipales, llevar la contabilidad general de la Nación y desempeñar las demás funciones encomendadas por la ley.

En tal sentido, la Constitución transandina prescribe que:

“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva. El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será

37 OSORIO NUNES, Antonio Carlos, “Corrupcao: o combate a través da prevencao”, en AA.VV. Corrupcao, ética e Moralidade administrativa, Forum, Belo Horizonte, 2008, (Luis Manuel Fonseca Pires, Muricio Zockun y Renata Porto Adri, Coordinadores, p.27.

designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.”³⁸

En tal sentido, la Ley de organización y atribuciones de la contraloría general de la República, ley n° 10.336 establece que dicha institución es “independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado”.³⁹

La Contraloría está a cargo de un funcionario que tiene el título de Contralor General de la República⁴⁰ que es nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.⁴¹

3.6.2 Contraloría General del Estado (Ecuador)

Por mandato constitucional⁴² la Contraloría General del Estado es un organismo técnico dotado de personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, dirigido y representado por el Contralor General del Estado, quien desempeña sus funciones durante cinco años.

Posee atribuciones para controlar la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Dirige el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos; determina responsabilidades administrativas y civiles culpables e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado; expide la normativa para el cumplimiento de sus funciones y asesora a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

38 Art. 98.

39 Art. 1.

40 Art. 2.

41 Art. 3.

42 Arts. 204, 205 y 211.

3.6.3 Contraloría General de la República (Paraguay)

De acuerdo a lo que estipula su Constitución⁴³ dicho organismo es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades.

Dicho organismo goza de autonomía funcional y administrativa. Se compone de un Contralor y un Subcontralor que son designados por la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta de sus miembros, de sendas ternas de candidatos propuestos por la Cámara de Senadores, con idéntica mayoría. Duran cinco años en sus funciones, los cuales no pueden ser coincidentes con las del mandato presidencial. Pueden ser confirmados en el cargo sólo por un período más, con sujeción a los mismos trámites. Durante dicho lapso temporal, gozan de inamovilidad, no pudiendo ser removidos sino por la comisión de delitos o por mal desempeño de sus funciones.

Para su remoción debe seguirse el procedimiento establecido para el juicio político.⁴⁴

Entre las atribuciones que tiene asignada cabe destacar las siguientes: 1) El control, la vigilancia y la fiscalización de los bienes públicos y del patrimonio del Estado, los de las entidades regionales o departamentales, los de las municipalidades, los de la Banca Central y los de los demás bancos del estado o mixtos, el de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, así como los de las empresas del estado o mixtas; 2) El control de la ejecución y la liquidación del Presupuesto General de la Nación; 3) El control de la ejecución y liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el apartado 1), como asimismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios; 4) La fiscalización de las cuentas nacionales de las empresas o entidades multinacionales de cuyo capital participe el Estado en forma directa o indirecta, en los términos de sus respectivos tratados; 5) El requerimiento de informes sobre la gestión fiscal y patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta o privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades regionales o departamentales y a los municipios, todos los cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones; 6) La recepción de las declaraciones juradas de bienes

⁴³ Art. 281.

⁴⁴ Art. 284.

de los funcionarios públicos, así como la formación de un registro de las mismas, y la producción de dictámenes sobre la correspondencia entre tales declaraciones, prestadas al asumir los respectivos cargos, y las que los aludidos funcionarios formulen al cesar en ellos; 7) La denuncia a la justicia ordinaria y al Poder Ejecutivo de todo delito del cual tenga conocimiento en razón de sus funciones específicas, siendo solidariamente responsable, por omisión o desviación, con los órganos sometidos a su control, cuando éstos actuasen con deficiencia o negligencia, y 8) Los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución y las leyes.⁴⁵

Su actividad está regulada por la ley n° 276. Allí, se establece que dicho organismo tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas jurídicas relativas a la administración financiera del Estado y proteger el patrimonio público, estableciendo las normas, los procedimientos requeridos y realizando periódicas auditorías financieras, administrativas y operativas;; controlando la normal y legal percepción de los recursos y los gastos e inversiones de los fondos del sector público, multinacional, nacional, departamental o municipal sin excepción, o de los organismos en que el Estado sea parte o tenga interés patrimonial ; y aconsejar, en general, las normas de control interno para las entidades sujetas a su supervisión.⁴⁶

3.6.4 Contraloría General de la República (Perú)

Se trata de un organismo constitucional autónomo encargado de controlar los bienes y recursos públicos del país. Le corresponde dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como, contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social.

La Constitución establece que “es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”.⁴⁷

45 Art. 283.

46 Art. 2.

47 Art. 82.

Su actividad se regula por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República n° 27785 y sus modificatorias.

3.7 Organismos de Control Bajo la Esfera del Poder Legislativo

3.7.1 Auditor General (Canadá)

El Auditor General es un funcionario del Parlamento canadiense, nombrado por un período de diez años, no renovable, a partir de una resolución de la Cámara de los Comunes y el Senado. Depende directamente de las asambleas legislativas. Son nombrados por el Gobernador General en Consejo dirección de la Cámara de los Comunes y el Senado.

Puede ser removido por causa justificada por el Gobernador en Consejo con la aprobación de la Cámara de los Comunes y el Senado.

Le corresponde auditar los departamentos y agencias federales, la mayoría de las empresas de la Corona y muchas otras organizaciones federales, y los informes al Parlamento de su obra.

El papel del Auditor General de Canadá es ayudar a la rendición de cuentas mediante la realización independiente de las auditorías de federales del gobierno. Tales exámenes se proporcionan a los integrantes del Parlamento con el propósito objetivo de información para ayudar a examinar las actividades del gobierno y exigirle rendición de cuentas.

Bibliografía

- ALBERTSEN, Jorge, “La Oficina Anticorrupción”, Documentación Administrativa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n° 269-270, mayo-diciembre, 2004, p. 236.
- BIANCHI, Alberto B., “La alegada ‘limitación’ de las facultades de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”, Sup. Const. 2009 (mayo), 01/01/2009, 54 - LA LEY2009-C, 711.
- BUTELER, Alfonso “El control de la corrupción en el derecho comparado – Los casos de Argentina, Brasil y España”, Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C (Doutrina), año 13 n° 53 julio/septiembre 2013 pp. 23-43. Paraná, Brasil.

- BUTELER, Alfonso, “Corrupción y derecho administrativo”, en A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Editora Forum, Belo Horizonte, Brasil, n° 48, p. 97 y ss.
- BUTELER, Alfonso, Derecho administrativo argentino, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, T. I.
- CANDA, Fabián Omar, “La Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, ED, 180:199, esp. p. 801.
- CANDA, Fabián O. “La Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, 2° Ed., p. 833.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª Ed. T. I.
- MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- MANFRONI, Carlos A. *La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2001, 2ª Ed.
- MASSONI, José, “La Oficina Nacional de Anticorrupción”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, 2° Ed.
- ORGAZ, Jorge, “El procedimiento de control de las irregularidades administrativas”, AAVV, *Derecho procesal administrativo*, Córdoba, Alveroni, (Ignacio Velez Funes, Dir.), 2003, TII.
- OSORIO NUNES, Antonio Carlos, “Corrupcao: o combate a través da prevencao”, en AA.VV. *Corrupcao, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008, (Luis Manuel Fonseca Pires, Muricio Zockun y Renata Porto Adri, Coordinadores).
- ROSE ACKERMAN, Rose, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, reforma*, Madrid, Siglo XXI, 2001.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Las fiscalías especiales, Su función en la lucha contra la moderna criminalidad y su relación con el Fiscal General de Estado” en AA.VV. *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, (Nicolás Rodríguez García y Eduardo A Fabián Caparrós, coords.), Salamanca, Ratio Legis, 2004.

El Control Administrativo de la Administración a partir de los Principios de la Nueva Ley de Procedimientos Administrativos en El Salvador

Miguel Ángel Cardoza Ayala*

Introducción

Los últimos dos años en El Salvador han sido de importantes cambios legislativos en el control administrativo de la actividad de la Administración con la entrada en vigencia de nuevas normativas propias del derecho administrativo, lo cual puede considerarse un rediseño del Derecho Administrativo salvadoreño.

La nueva versión de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vigente a partir de febrero del 2018, que sustituye a la anterior que reguló el contencioso por casi cuarenta años, la nueva Ley de Procedimientos Administrativos vigente desde febrero del presente año, y la entrada en vigencia a partir de marzo del presente año de dos nuevas normativas, la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Ley de Mejora Regulatoria, permiten tener una idea clara del enfoque de modernización ocurrido en nuestro país.

No hay duda del avance democrático obtenido, especialmente en la temática del control sobre las actuaciones de las administraciones públicas, desde que entendemos que los funcionarios y autoridades carecen del poder para cometer arbitrariedades en sus decisiones y mucho menos están facultados para actuar a conveniencia o voluntad propia, sino más bien deben responder a partir del reconocimiento de que la

* Magistrado del Tribunal Supremo Electoral, Catedrático Universitario en Estudios de grado y postgrado en la materia de Derecho Administrativo, Derecho Procesal Laboral, Derecho de Consumidores. Magistrado Corte Suprema de Justicia en la Sala de Lo Contencioso Administrativo, como Presidente de la misma, Procurador General de la República (Electo en tres periodos).

soberanía reside en el pueblo y de la separación de poderes públicos, que parte del estado derecho es la posibilidad de controlar las actuaciones de los entes públicos a diferentes niveles, especialmente el judicial y el administrativo.

El cumplimiento del principio de legalidad, que en El Salvador se establece en la disposición constitucional que circunscribe las atribuciones de las autoridades públicas a las que la ley les faculta, ya que dichos funcionarios son delegados del pueblo, más el reconocimiento del ejercicio de la acción de los ciudadanos en la defensa de sus derechos violentados por actuaciones de dichos funcionarios, se convierten en dos pilares fundamentales del estado de derecho en El Salvador.

El desarrollo del principio de legalidad y la ampliación de los controles de las actuaciones de la Administración ocurridas en el país, constituyen un avance sustancial en lo que se puede denominar una nueva visión del control administrativo y judicial de la actividad de la Administración, y por tanto un avance importante en el derecho administrativo salvadoreño.

Actualmente encontramos nuevas concepciones en la manifestación ciudadana frente a las Administraciones Públicas, ya sea como consumidor, proveedor, usuario, ciudadano, con variedad de actuaciones y peticiones que pueden presentarse en estas nuevas formas de relacionarse, y que además generan de parte de las autoridades una serie de reglamentación dadas por circulares, instructivos, acuerdos y decisiones, sino también el silencio de la Administración y la cada vez mayor posibilidad de arbitrariedades por parte de las oficinas públicas.

Además se enfrenta una nueva realidad en cuanto a las exigencias ciudadanas, que como hemos descrito, ya no necesariamente se trata del ciudadano común y corriente y que en muchos casos es el empresario que cuestiona las decisiones de las administraciones públicas, incluso de los entes reguladores; por el uso de nuevas tecnologías se aceleran los procesos, por ello los requerimientos están tomando nuevos rumbos en cuanto a la forma de gobernar, a la mejora de la Administración, a la agilización de procesos, a transparentar los mismos, a su divulgación para conocimiento ciudadano y otras nuevas facetas que presionar el actuar de la Administración.

Indudablemente, hemos llegado a este estado de las cosas gracias a que las nuevas exigencias ciudadanas tienen a la base los derechos

fundamentales consagrados en las distintas constituciones y leyes administrativas que les han venido dando vida y contenido.

En la actualidad se espera una Administración Pública enfocada al ciudadano, basada en valores y con ética, con servicios de calidad, lo que implica ser eficientes y eficaces, además trabajando frente a la población de manera transparente, comunicando sus actuaciones, rindiendo cuentas de sus resultados y teniendo reglas que determinen la responsabilidad de sus funcionarios, eso significa un modelo de buen gobierno y buena Administración, y además que hemos entrado a una etapa en la cual el ciudadano entiende mejor los derechos y exigencia de los administrados hacia el estado moderno.

Para que la Administración Pública cumpla el requisito indispensable de una buena Administración asegurando la legalidad en cada uno sus actos deben estar sometidos a un permanente control², que puede ser antes de que se dicte el acto en su carácter preventivo, y después de se haya dictado; a posteriori, cuyo objetivo principal es modificar el acto administrativo, impugnando o corrigiendo irregularidades. Ambos cumplen dentro de la Administración Pública una forma de autocontrol administrativo.

Los actos administrativos pueden adolecer de alguna ilegalidad de ahí la necesidad de que la Administración pueda revisar sus propios actos.

Un requisito indispensable para la existencia de una buena Administración Pública resulta ser que tenga un control permanente. La vigilancia, fiscalización y control de los órganos, dependencias y de los servidores públicos tiene el propósito de determinar si las actuaciones de la Administración se hacen con apego a la normativa jurídica.

El control de la actividad de la Administración constituye una de las más valiosas herramientas en manos del administrado para hacer valer sus derechos e intereses legítimos frente a las actuaciones administrativas que considere violatorias en sus derechos.

En El Salvador, hasta la entrada en vigencia de la actual de la Ley de Procedimientos Administrativos³ no existió una ley que regulara con carácter general y uniforme los procedimientos que debe seguir la Administración para regir su actividad; la Ley es aplicable al Órgano

2 Proveniente del término francés *contrôle* y significa comprobación, inspección, fiscalización o intervención. También puede hacer referencia al dominio, mando o preponderancia o la regulación de un sistema determinado.

3 Ley de Procedimientos Administrativos. Diario Oficial No. 30 Tomo 418 de fecha 13 de febrero 2018. Con fecha de vigencia doce meses después de su publicación.

Ejecutivo y sus dependencias, entidades autónomas y demás entidades públicas, municipalidades en sus actos administrativos definitivos o de trámite y de sus procedimientos. Así como a los Órganos Legislativo y Judicial, Corte de Cuentas de la República, Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Consejo Superior de Salud Pública, el Tribunal Supremo Electoral y, en general, a cualquier institución de carácter público, cuando excepcionalmente ejerzan potestades sujetas al derecho administrativo.

En El Salvador, el debate ha tardado pero ha llegado en un momento en el cual, los resultados de las elecciones de febrero pasado fueron una expresión de la voluntad popular por cambiar el estado de las cosas especialmente en el manejo de la cosa pública, para lo cual la nueva normativa servirá para impulsar esta nueva concepción.

1 Rediseño del Control Administrativo y Nueva Normativa

En febrero del 2018 entró en vigencia la nueva Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, que vino a sustituir la ley anterior que además de ser pre constitucional, tenía un diseño concentrado de justicia en un solo tribunal, de estructura procesal eminentemente escrito y con poca capacidad para ejecutar lo juzgado.

La nueva ley generó un cambio radical, primero por su configuración bajo parámetros de respeto constitucional, con la creación de nuevos tribunales y una cámara de instancia, en cuanto a la forma llevar adelante el proceso un diseño procesal oral y de mayor celeridad, en la ampliación del objeto de conocimiento de los procesos contenciosos, mayor efectividad para la ejecución de los juzgado, y la actualización de figuras del derecho administrativo.

Respecto al proceso este pasa de juicio escrito a proceso por audiencias lo que ha mejorado los tiempos del mismo, la intermediación del juez en el conocimiento del caso y la valoración de la prueba, la posibilidad de resolver la controversia por arreglos conciliatorios, la determinación de la legitimación pasiva y activa, entre otros.

En cuanto a la ampliación del objeto del conocimiento de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es considerada una ley de carácter más dinámico al incorporar este gran avance a la jurisdicción: los actos administrativos, contratos administrativos, inactividad

de la Administración Pública, vía de hecho, actuaciones u omisiones de naturaleza administrativa de los concesionarios de la Administración, adicionalmente se tiene la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial, sin necesidad de acudir a otra jurisdicción.

Hasta antes de la entrada en vigencia de esta ley todas las demandas de lo Contencioso Administrativo tenían como objeto principal conocer de las controversias en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, y por lo tanto, la pretensión buscaba la declaración de ilegalidad del acto administrativo; con la nueva ley se puede pretender, no solo la ilegalidad del acto que se impugne, sino por ejemplo el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas para restituirla, la orden de cese de un acto de hecho, la condena al cumplimiento de obligaciones que hayan sido omitidas por la Administración Pública e inclusive el pago de reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

Hasta la entonces monopólica Sala de lo Contencioso Administrativo, era la única instancia de conocimiento sin embargo a partir de la nueva ley, existen ya los Juzgados y las Cámaras de lo Contencioso Administrativo. Con estas nuevas instancias, se introducen a la jurisdicción contencioso administrativo el seguimiento de reglas para establecer la competencia de cada una de ellas, las cuales seguirán criterios de territorialidad, cuantía, reserva según la materia, objeto de controversias, tipo de proceso común o abreviado, todo lo anterior de acuerdo a los criterios establecidos en la nueva normativa.

A fin de crear estas nuevas instancias, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto 761⁴, con el cual se crean los Tribunales de lo Contencioso Administrativo mencionados anteriormente.

Con relación a la actualización de figuras propias del derecho administrativo, instituciones como el silencio administrativo, la inactividad de la Administración, la vía de hecho y el régimen jurídico del acto administrativo, son revitalizados y conceptualizados de acuerdo a las teorías modernas.

En febrero del presente año después de un año de *vacatio legis*⁵, ha entrado en vigencia la nueva Ley de Procedimientos Administrativos,

4 Decreto de creación de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 174. Tomo No. 416. Fecha: 20 de septiembre de 2017.

5 Locución latina. Vacación de la Ley. Plazo inmediatamente posterior a su publicación y durante el cual no es obligatoria. Cabanellas de Torres, Guillermo. 1983. Diccionario Jurídico Elemental. Argentina. Editorial Heliasta.

novedad en su tipo pues no tiene precedentes y en la cual se ordenan, uniformizan y se desarrollan los procedimientos que generalmente realizan las administraciones públicas en el cumplimiento de sus fines.

Esta nueva ley consta de 168 artículos, los primeros se dedican a desarrollar los principios en los cuales basa su desempeño la Administración, a los cuales dedicare este trabajo.

En resumen la ley contiene los principios y garantías de del procedimiento administrativo sancionador, los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, los requisitos de validez y eficacia de las actuaciones de la Administración Pública, la responsabilidad patrimonial de la Administración y sus servidores y el ejercicio de la potestad normativa.

La ley establece un aporte novedoso con la descripción de los derechos y los deberes que tiene el ciudadano en sus relaciones frente a la Administración, que permiten tener el panorama más claro de que le debe ofrecer la Administración a los administrados y hasta donde pueden estos presentar sus exigencias.

Apartado especial merece el reconocimiento del derecho ciudadano a la buena administración, la cual queda definida en el texto de la ley y el deber del Estado de comunicarse y trabajar su información haciendo uso de medios tecnológicos.

Gran parte de esta cuerpo normativo está dedicado al régimen jurídico del acto administrativo, falencia legislativa hasta esta fecha, en cuyo texto se recoge nuevas tendencias del Derecho Administrativo, muchas basadas en las teorías de los tratadistas y otras teniendo a la base la jurisprudencia sentada por tribunales constitucionales y del contencioso administrativo tanto nacional como internacional.

Por fin se tiene en el país una normativa que defina lo que es el acto administrativo, sus requisitos de validez, las causales de invalidez y nulidad, su convalidación, la nulidad de pleno derecho y otras figuras que al no estar reguladas obligaban a ser alegadas ante la Sala de lo Contencioso, de la Corte Suprema de Justicia, lo cual quedaba a la interpretación de dichos jueces.

En términos generales, la Ley de Procedimientos Administrativos busca la seguridad jurídica en el actuar de la Administración Pública, pues clarifica y uniformiza las normas que rigen su actividad, además permite tener una norma de carácter general respecto a los principios y procedimientos que deben regir la actividad de la Administración.

Por otro lado, constituye una garantía de reconocimiento de derechos fundamentales, pues la ley está fundada en los principios constitucionales que permiten el respeto y eficacia de los mismos.

Especialmente, la ley busca la modernización del estado por que actualiza su aspecto orgánico y funcional para que pueda cumplir sus planes nacionales con eficacia y eficiencia, utilizando las tecnologías de la comunicación e información para simplificar actuaciones y optimizar recursos.

2 Organismos Administrativos de Control de la Administración Pública

La Administración Pública ha sufrido grandes cambios en El Salvador, con ello se ha logrado avanzar a la modernización del Estado y de los organismos a los que la Constitución le confía las funciones relacionadas con el control dentro de la Administración. Estos entes promueven la transparencia y el apego a legalidad de la Administración Pública y sus funcionarios, así como la atención a los ciudadanos de quejas, denuncias, peticiones, resoluciones de procedimientos y otros.

Corte de Cuentas de la República. Es un organismo independiente del Órgano Ejecutivo, que se encuentra a cargo de la fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del presupuesto en particular. Para el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales se divide en una Cámara de Segunda Instancia y en las Cámaras de Primera Instancia que establezca la ley. La Cámara de Segunda Instancia se encuentra formada por el Presidente de la Corte y dos Magistrados, cuyo número puede ser aumentado por la ley. Estos funcionarios son elegidos por un período de tres años, pueden ser reelegidos y no pueden ser separados de sus cargos sino por causa justa, por decisión de la Asamblea Legislativa. La Cámara de Segunda Instancia nombra, remueve, concede licencias y acepta renuncias a los Jueces de las Cámaras de Primera Instancia.

Ministerio Público: es ejercido por el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y los demás funcionarios que determine la ley. Estos son elegidos por la Asamblea Legislativa por mayoría calificada de los dos tercios de los diputados electos, duran tres años en el ejercicio de sus cargos, pueden ser reelegidos y la destitución solamente

procede por causas legales, con el voto de los dos tercios de los diputados electos.

Fiscalía General de la República. Defiende los intereses del Estado y de la sociedad; promueve de oficio o a petición de parte, la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos humanos tutelados por la ley, entre otras atribuciones.

Procuraduría General de la República. Le corresponde velar por la defensa de la familia, de las personas e intereses de los menores, incapaces y adultos mayores; conceder asistencia legal y atención psicosocial de carácter preventivo; representar judicial y extrajudicialmente a las personas en defensa de la libertad individual y de los derechos laborales; representar judicial y extrajudicialmente a las personas, especialmente de escasos recursos económicos, en materias de familia y de derechos reales y personales.

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Entre otras funciones le corresponde velar por el respeto y la garantía a los derechos humanos; investigar de oficio o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a los derechos humanos; asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los derechos humanos; promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos; y supervisar la actuación de la Administración Pública frente a las personas.

Instituto de Acceso a la Información Pública. Es la instancia que tiene la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos su derecho de acceso a la información pública, con el fin de contribuir con la transparencia de las actuaciones de las instituciones del Estado. Para el Estado todas las personas tienen el derecho a solicitar y recibir información generada, administrada o en poder de las instituciones públicas y demás entes obligados de manera oportuna y veraz, sin sustentar interés o motivación alguna.

Tribunal de Ética Gubernamental. Es la institución rectora de la ética pública busca promover el desempeño honesto en la función pública y a la vez sancionar los actos contrarios a la Ley de Ética Gubernamental. Su intención es salvaguardar además el patrimonio del Estado al prevenir, detectar y sancionar la corrupción de aquellos, servidores públicos que utilicen sus cargos para enriquecerse ilícitamente, o cometer otros actos de corrupción.

Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia. Organismo especializado por medio del cual la Corte Suprema de Justicia actúa en lo relacionado con la aplicación de la Ley de Probidad. Tiene por objeto establecer los procedimientos para determinar el patrimonio de los sujetos obligados, así como imponer sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley, con el objeto de prevenir y erradicar el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos.

Tribunal de Eliminación de Barreras Burocráticas. Organismo nacido a raíz de la creación de la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas, recién entrada en vigencia el presente año. Dicho ente se encargará de controlar los trámites en la Administración Pública, y de analizar si los procedimientos administrativos cumplen con el fundamento legal o de razonabilidad, cuidando que las exigencias y requisitos de los trámites de los sujetos obligados hayan sido establecidos previamente en la ley.

Organismo de Mejora Regulatoria y Sistema de Mejora Regulatoria. Entidades nacidas a raíz de la creación de la Ley de Mejora Regulatoria. Ambas brindan asistencia técnica y se encargarán que estructurar y coordinar acciones para la mejora regulatoria en la normativa de la institución y asegurar la calidad de los trámites que se realizan dentro de la Administración Pública.

3 Principios de la nueva Ley de Procedimientos Administrativos

La recién entrada en vigencia Ley de Procedimientos Administrativos en su artículo 3 desarrolla los principios a los que debe estar sujeta la Administración Pública, en los cuales podemos encontrar nuevas formas de control de la actividad de la administración.

3.1 Principio de Legalidad⁶

También conocido como reserva de ley. La Administración Pública actuará con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, de modo que solo puede hacer aquello que esté previsto expresamente en la Ley y en los términos que ésta lo determine. Toda actuación de la Administración ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder atribuido

6 Título III El Estado, Su Forma de Gobierno y Sistema Político. Artículo 86. El poder público emana del pueblo. Los órganos de Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establece esta Constitución y las Leyes. Constitución de la República. Diario Oficial No. 234 Tomo 281 de fecha 16 de diciembre de 1983.

por la ley⁷; que no solo lo construye, lo delimita. Por lo que toda entidad administrativa debe someterse a lo que la ley establezca.

La Sala de lo Constitucional se ha referido a los alcances del principio de legalidad y la connotación del vocablo ley en dicho principio diciendo: “el principio de legalidad no hace referencia solo a la legalidad ordinaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la Constitución. Por ello, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también, sujeción a la Constitución. Y es que, sobre la expresión ley no debe olvidarse que en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional⁸.

En otra sentencia⁹ la Sala de lo Contencioso Administrativo ha definido el Principio de Legalidad; este principio al ser aplicado a la actividad desarrollada por la Administración Pública se configura como una garantía para los particulares, en el sentido que los funcionarios públicos actuarán, solamente, de acuerdo a las facultades conferidas por la Ley y nunca fuera de dicho ámbito; lo que a la postre implica que los administrados no serán molestados en su esfera jurídica, salvo por los actos dictados por la Administración, facultada para ello y en estricto cumplimiento a la Ley.

Desde luego éste principio admite excepciones, primero hay que tener presente que no todas las potestades deben ser siempre expresas, ya que hay casos en los cuales se entienden comprendidas dentro de las potestades generales. Además las normas no pueden interpretarse de manera dispersa, más bien debe privilegiarse una interpretación sistemática que haga integración del ordenamiento jurídico.

Una última excepción la encontramos en la interpretación de las normas, ya que la interpretación literal no puede prevalecer sobre la interpretación que se haga potenciando los derechos fundamentales de las personas o salvaguardando el interés general.

7 Convención Americana de Derechos Humanos. Diario Oficial No. 113. Tomo 259. De fecha 19 de junio de 1978. Artículo 30 Alcance de las restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

8 Sentencia de Amparo. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 117-97. De fecha 17 de diciembre 1997.

9 Sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia. Referencia 84-18-PC-SCA. De fecha 27 de marzo de 2019.

3.2 Principio de Proporcionalidad

La Sala de lo Constitucional en sentencia¹⁰ dictada desarrolla el principio de proporcionalidad manifestando que el reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa conlleva de forma paralela, la necesidad de proporcionalidad de las sanciones administrativas, tanto el plano de su formulación normativa, como en el de aplicación por los entes correspondientes. Así en el plano normativo se observará la proporcionalidad siempre que las sanciones contempladas en la ley o reglamento sean congruentes con las infracciones respectivas; mientras que en el plano aplicativo, el principio se cumplirá siempre que las sanciones sean proporcionales a la gravedad que comporten los hechos según circunstancias objetivas y subjetivas.

De esta manera, el principio de proporcionalidad sirve, por un lado, como límite a la discrecionalidad de la actividad administrativa sancionatoria, procurando la correspondencia y vinculación que debe existir entre las infracciones cometidas y la gravedad o severidad de las sanciones impuestas por el ente competente; y, por otro, como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones a derechos y garantías constitucionales siempre que la relación entre el fin o fines perseguidos y la sanción tipificada como medio para conseguirlo implique su sacrificio excesivo o innecesario, carente de razonabilidad.

La ley ha señalado en relación a este principio que las actuaciones administrativas deben ser cualitativamente aptas e idóneas para alcanzar los fines previstos, restringidas en su intensidad a lo que resulte necesario para alcanzar tales fines y limitadas respecto a las personas cuyos derechos sea indispensable afectar, escogiendo la alternativa que resulte menos gravosa a las personas.

4.3 Principio de Antiformalismo

También conocido como principio del Formalismo Moderado o del Informalismo. Según García de Enterría, el principio antiformalista, es el principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos.

¹⁰ Sentencia Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, Referencia 109-2013. De fecha 14 de enero de 2016.

De acuerdo a la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia dictada manifiesta que en base a los principios que rigen el proceso contencioso administrativo especialmente el antiformalismo y el principio pro actione el cual también encuentra su apoyo en el Derecho Constitucional a la protección jurisdiccional, hace alusión a que los preceptos normativos deben interpretarse en el sentido más favorable para la obtención de una tutela de fondo sobre las pretensiones de las partes, y en caso de duda sobre los requisitos se debe tender a la interpretación más favorable para su admisión¹¹.

El anti formalismo a favor del administrado, es tanto una garantía como una característica del procedimiento administrativo, e implica la posibilidad del administrado de excusarse en relación con ciertas exigencias no esenciales del procedimiento, que pueden ser cumplidas con posterioridad, ya sea a iniciativa del propio administrado o en respuesta a una prevención realizada por la Administración Pública¹².

En resumen desde el punto de vista práctico, lo que éste principio busca es la eliminación de barreras que pueden dificultar la satisfacción de los intereses y derechos de los administrados. En adición, en la ley se hace referencia a los requisitos esenciales que se le piden al ciudadano, y deben interpretarse por parte de la administración, para posibilitar el acceso al procedimiento y al pronunciamiento de la resolución.

Así mismo la Sala de lo Contencioso Administrativo expresó que en aplicación del principio antiformalista, se brinda al administrado la oportunidad de corregir las omisiones o deficiencias en un plazo determinado. Y es sólo en el supuesto que la prevención no se conteste en el plazo concedido, o se incurra en el mismo error u omisión, que procede la inadmisibilidad de la demanda¹³.

3.4 Principio de Eficacia

El principio de eficacia¹⁴ se erige como un principio general de la actuación estatal no limitada exclusivamente al Derecho Administrati-

11 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 95-2006. De fecha 13 de octubre 2009.

12 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 59-2009. De fecha 11 de mayo 2016.

13 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 322-2011. De fecha 05 de septiembre 2012.

14 *Ibíd.* Pág. 2. Artículo 78 Ley de Procedimientos Administrativos. Iniciado el procedimiento, el órgano competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas,

vo, directamente vinculada al Estado, que debe aplicarse a todas las administraciones públicas; y busca la efectividad en los procedimientos, y que las acciones sean coherentes con los fines establecidos en el ordenamiento jurídico y principalmente en la norma constitucional.

Se persigue la reparación o subsanación de deficiencias o cualquier defecto que haya advertido, incluso sin la necesidad de prevención al interesado, y que pudieren afectar la tramitación de procedimientos administrativos.

Exige utilizar los instrumentos más idóneos¹⁵ facilitando el acceso a la Administración, para lograr el objetivo de cumplir el interés público y satisfacer los derechos de los particulares. Para que la Administración sea eficaz es necesario evitar todo tipo de requisitos innecesarios.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sentencia manifiesta que principio de eficacia en su pureza significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aun cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad. Y significa en todo caso que, aun sin llegar a esa consecuencia extrema, que ningún ordenamiento admite en su totalidad, el juez hará valer la Constitución junto a la ley para interpretar ésta o para completarla¹⁶.

3.5 Principio de Celeridad¹⁷ e Impulso de Oficio

Los procedimientos deben ser ágiles¹⁸ y con la menor dilación posible y serán impulsados de oficio cuando su naturaleza lo permita. La premisa es que el procedimiento administrativo debe desarrollarse con dinamismo, de forma expedita, simple¹⁹ y certera, siempre en respeto

para asegurar la eficacia de la resolución, siempre que exista apariencia de buen derecho y peligro, lesión o frustración en la demora.

- 15 *Ibíd.* Pág. 2. Artículo 4 Ley de Procedimientos Administrativos. La Administración Pública, con el fin de facilitar a los ciudadanos el acceso a esta, mejorar su eficiencia y reducir costos, no podrá exigir documentos emitidos por la institución que los solicita ni requisitos relativos a información que dicha institución posea o deba poseer.
- 16 Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 102-97. De fecha 10 de junio 1998.
- 17 Capítulo III Órgano Judicial. Artículo 182, inciso 5°. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, 5° vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias. Constitución de la República. *Ibíd.* Pág. 8.
- 18 *Ibíd.* Pág. 2. Artículo 6. Ley de Procedimientos Administrativos. Para agilizar la actuación administrativa, en las oficinas públicas deberá racionalizarse los trabajos burocráticos, procurando mecanizarlos y automatizarlos progresivamente.
- 19 *Ibíd.* Pág. 2. Artículo 9. Ley de Procedimientos Administrativos. Con el fin de garantizar la simplificación y agilidad de los procedimientos administrativos, especialmente en aquellos sectores en los que sea necesaria la intervención de varios órganos o entidades administrativas para autorizar

del ordenamiento jurídico y la defensa del administrado. Porque la demora prolongada en sí misma; en los procedimientos administrativos como en cualquier área del derecho, la violación de un derecho.

El principio de impulso oficioso determina, precisamente, que el procedimiento continúe hasta que la solicitud del administrado sea resuelta correcta y oportunamente, puesto que el interés de que se concluya con el proceso administrativo no solamente alcanza al administrado sino a la misma Administración, es por ello que el impulso oficioso, además de ser un principio jurídico; es un insumo para que la Administración Pública implemente todos sus mecanismos de organización y simplificación administrativa. La Administración debe articular todos los medios disponibles para dar trámite y conclusión del procedimiento.

3.6 Principio de Economía

Dentro del procedimiento Administrativo, el principio de economía se refiere a que la actuación de la Administración Pública debe desarrollarse con ahorro en el trabajo, energía y costes, y atenta la obtención de resultados óptimos²⁰ con el mínimo esfuerzo, evitando que el administrado tenga que incurrir en trámites superfluos o redundantes y aminorando además la carga de trabajo de los servidores públicos²¹.

La economía implica la eficiencia en la utilización de los recursos materiales, para incurrir en el menor gasto público por parte de la Administración en la tramitación de un procedimiento. Adicionalmente se valora la economía desde el punto de vista del particular frente a un procedimiento que por sus características no tiene la particularidad de ser gratuito.

La Sala de lo Constitucional al respecto en sentencia dijo que de acuerdo con el principio de economía procesal, los tribunales deben utilizar todas las alternativas legales de tramitación que reduzcan las dilaciones necesarias en el impulso de los procesos bajo su conocimiento,

el desempeño de actividades empresariales o profesionales, la Administración podrá autorizar la creación de ventanillas únicas cuyo funcionamiento podrá desarrollarse reglamentariamente.

20 *Ibíd.* Pág. 2. Artículo 18. Ley de Procedimientos Administrativos. La Administración Pública podrá implementar los mecanismos tecnológicos y electrónicos que fueren necesarios para optimizar el ejercicio de sus competencias y los derechos de los administrados.

21 *Ibíd.* Pág. 2. Artículo 79. Ley de Procedimientos Administrativos. Acumulación de Procesos. El funcionario o autoridad que inicie o tramite cualquier expediente, podrá, de oficio o a instancia del interesado, ordenar su acumulación a otros expedientes con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

sin que por ello se altere la estructura contradictoria o se supriman las etapas del procedimiento regulado en la ley.

Desde esta perspectiva, también es posible que en el proceso de inconstitucionalidad se ordene la concentración de actos procesales que no sean incompatibles entre sí o que no altere su estructura contradictoria, de manera que se incluyan en una sola resolución las órdenes que podrían emitirse sucesivamente en la tramitación del proceso²².

3.7 Principio de Coherencia

La coherencia es una característica sin la cual no se puede hablar de un sistema jurídico como forma aceptada de organización de derecho del Estado, de la coherencia entre diferentes disposiciones, depende que las mismas tengan plenos efectos jurídicos. En conformidad con este principio la Administración Pública desarrolla su actuación con congruencia. Esta coordinación es el resultado de una vinculación entre autoridades y funciones diversas con el fin de lograr una actividad administrativa lo más coherente, eficaz y uniforme.

Esta figura también tiene un enfoque en el precedente administrativo, porque la Administración debe ser coherente entre decisiones que tomo con anterioridad frente a las mismas situaciones de derecho con objetos similares que se den en el futuro, resolviendo sin privilegios evitando inseguridades jurídicas.

3.8 Principio de Verdad Material

Principio que no es propio, ni exclusivo del Derecho Administrativo, sin embargo, la Administración Pública diariamente actúa a través de actos administrativos, aprobación de resoluciones, permisos, concesiones, otorgamiento de documentos, entre otros. Es por ello que el principio de verdad material establece que la Autoridad Administrativa competente debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones, todo lo que obre en el expediente administrativo debe responder únicamente a la verdad.

La verdad material esta de la mano con la buena administración que pretende que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con

²² Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 29-2018. De fecha 28 de enero 2019.

equidad, justicia, objetividad e imparcialidad y que sean resueltos en plazo razonable y al servicio de la dignidad humana²³.

La Sala de lo Contencioso Administrativo hace referencia al Código Tributario²⁴ aduciendo que todas las actuaciones de la autoridad demandada se ampararan en la verdad material que resulte de los hechos investigados y conocidos, lo cual lleva a la Administración a asumir una intervención activa en cualquier procedimiento investigador, fiscalizador o verificador, que le permita demostrar positivamente los hechos que fundamentan su decisión²⁵.

3.9 Principio de Buena Fe

Las relaciones que se establecen entre la Administración Pública y los ciudadanos están regidas por el principio de buena fe. Supone el mantenimiento de la confianza del ciudadano respecto de la Administración por cuanto ésta mantiene en su proceder la actitud de rectitud tanto jurídica como ética esperada.

Para la Sala de lo Constitucional, el principio de buena fe posee una triple base constitucional; el derecho a la protección jurisdiccional, el derecho de defensa, y el principio de igualdad procesal. Esta pauta de conducta es una vía o instrumento eficaz para introducir un contenido ético-moral en los procesos jurisdiccionales. Desde una perspectiva positiva, permite reconocer la conducta exigible a las partes por ser procesalmente admitida como “correcta” e impone a estas el deber de colaborar entre sí y el juez, y de actuar con veracidad, lealtad y probidad procesal.

En un sentido negativo, las partes no actúan de buena fe en el proceso cuando ejercitan anormalmente un derecho con intención de dañar a la contraparte, cuando obstaculizan la protección jurisdiccional y la obtención de la verdad o cuando se trata de burlar un precepto procesal, amparándose en una norma de cobertura para lograr un resultado pernicioso a los derechos de la contraparte.

23 Ibid. Pág. 2. Artículo 16. Ley de Procedimientos Administrativos.

24 Título I Disposiciones Generales. Capítulo I Finalidad, ámbito de aplicación, principios generales aplicables a las actuaciones de la Administración Tributaria y los Derechos de los Administrados. Artículo 3. Las actuaciones de la Administración Tributaria se ajustaran a los siguientes principios generales, h, verdad material. Código Tributario. Diario Oficial No. 241 Tomo 349 de fecha 22 de diciembre de 2000.

25 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 39-2011. De fecha 04 de noviembre de 2013.

Pues bien, la igualdad material y la buena fe procesal, aunados al margen de acción estructural en la determinación de los medios, permiten al legislador establecer determinadas cargas probatorias para las partes mediante presunciones.

Estas cargas se traducen en la necesidad en que se encuentran dichos sujetos de aportar facultativamente un determinado medio de prueba, para evitar que les sobrevenga un perjuicio: que la sentencia se emita en su contra.²⁶

La buena fe no es más que el modo sincero y justo con que uno procede en sus contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien lo celebra²⁷.

4 Conclusiones

La creación de esta nueva normativa, trae consigo certeza jurídica a los administrados dado que brinda un mejor acceso a la justicia contencioso administrativa, ante los conflictos con la Administración Pública, con leyes novedosas al servicio del interés general los administrados.

Esta aseveración encuentra sentido en el desarrollo de los principios contenidos en la Ley de Procedimientos Administrativos que de manera novedosa se incorporan al ordenamiento jurídico, cuando en muchos casos solo los encontrábamos mencionados en la doctrina o la jurisprudencia.

En el caso del principio de legalidad, se establece un pleno sometimiento al ordenamiento jurídico por parte de los funcionarios y empleados públicos en sus actuaciones frente a los administrados, lo que implica la principal barrera de control con arraigo constitucional y puede ser utilizado por cualquiera de los entes encargados de la verificación. Su aplicación permite dar certeza jurídica de que la administración tiene un accionar previsible al respetar las reglas previamente establecidas, lo que a la vez impacta positivamente en el desarrollo económico y social del país.

La aplicación del principio de proporcionalidad se da tanto en la preparación normativa de la Administración Pública, como en las decisiones sancionatorias, por ello las entidades revisoras deben verificar su cumplimiento, convirtiéndose en una forma de control de las actuaciones de

26 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 44-2011. De fecha 20 de febrero de 2017.

a27 Sentencia de la Sala de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia. Referencia 178-CAC-2011. De fecha 16 de noviembre de 2012.

la administración, de manera que debe buscar la alternativa que resulte menos gravosa para los ciudadanos.

En el mismo sentido, el principio del antiformalismo ya era reconocido por la jurisprudencia tanto del constitucional como del contencioso administrativo, pero ahora además queda establecido como parte del ordenamiento jurídico y por lo tanto es posible su reclamo por parte de los administrados, lo cual es un arma de verdadero control aplicable por los entes responsables.

Si éste principio se aplica en consonancia con la nueva Ley de la Eliminación de las Barreras Burocráticas, se obtiene un mecanismo robusto para detener la exigencia desmedida por parte de la Administración Pública de requisitos en exceso formales e innecesarios o que no están en la ley. Por qué las formas no deben ser un obstáculo que limite el acceso a los procedimientos en la Administración Pública o el pronunciamiento de la misma.

Otro tema importante, es el reconocimiento en la ley del principio de eficacia ya que le obliga a la Administración Pública, a que independientemente de lo que ocurra en el proceso en donde se vea afectado el administrado, debe procurar por todos los medios posibles, la reparación o subsanación de cualquier defecto que haya advertido, lo cual le beneficia al administrado, quien por los medios legales puede exigir su aplicación, pudiendo ser controlada la actuación del ente público.

Igual situación ocurre con los principios de celeridad e impulso de oficio, que obligan a que en los procesos que se realicen ante la Administración Pública, deben de hacerse con las menores dilaciones posibles e impulsadas por la misma Administración, cuando esto sea posible. Lo que implica una obligación que puede ser controlada por el administrado mediante los mecanismos de control que la ley le franquea.

Otro mecanismo de control que le da coherencia y certeza a las actuaciones de la Administración, lo constituye la obligación de respetar los antecedentes administrativos, a menos que la decisión esté debidamente motivada en los argumentos escritos para apartarse de los precedentes.

Apartado especial requiere la aplicación del principio de la verdad material que obliga a la Administración Pública que conoce del caso, buscar dicha verdad por los medios que la ley le da independiente de los señalamientos de las partes o de las pruebas aportadas, con el riesgo de que se trate de aspectos no discutidos durante el proceso, que

normalmente en lo proceso judiciales no es posible, pero de acuerdo al legislador de El Salvador, si ha considerado procedente darle esa obligación.

Finalmente, es importante comentar la introducción de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, lo que permite tener una verdadera forma de control ciudadano, entre ellas las normas de atención al público, deberes de información de los servicios, ventanillas únicas, la documentación de los procesos, entre otros.

Con el desarrollo del presente trabajo queda descrita a profundidad de la reforma llevada a cabo y el impacto que se está llevando a cabo en los controles administrativos de la Administración Pública en El Salvador, lo que permitirá dar un aporte importante en la modernización del estado salvadoreño y la reafirmación de los derechos ciudadanos.

El Control de la Administración Pública en el Perú

Jorge Danós Ordóñez*

Presentación

El control de las entidades estatales, en particular de las entidades que forman parte del complejo administrativo que denominamos administración pública es consustancial a todo estado de derecho.

De manera similar al de otros países el régimen de control de la administración pública y de su personal en el ordenamiento jurídico administrativo peruano tiene dos características fundamentales: i) Esta conformado por una multiplicidad de mecanismos de diferente naturaleza, fines y alcances (heterogéneos), y ii) tienen su origen y fundamento directamente de la Constitución Política del Estado porque se establecen con la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública ajustado a derecho.

Aunque por razones de extensión este trabajo solo estará referido a los mecanismos de control jurídico nos parece importante presentar una relación de las diferentes técnicas de control de la administración pública peruana para que se pueda ubicar en su contexto y dimensión los mecanismos de revisión de carácter jurídico:

1 Controles Jurídicos

Lo que caracteriza a los controles de la administración de tipo jurídico es el carácter objetivado de los mismos, porque los órganos encargados del control jurídico verifican que la actuación administrativa sometida a

* Profesor categoría principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – ASIER. Miembro honorario del Instituto Chileno de Derecho Administrativo y del Instituto Mexicano de Derecho Administrativo. Socio del Estudio Echeopar abogados.

control se haya sujetado al parámetro jurídico preexistente compuesto por el marco Constitucional o legal que consagra los derechos de las personas y rige el funcionamiento de la administración pública.

Lo opuesto a los controles jurídicos son los controles políticos fundamentalmente a cargo del Congreso de la República, que desarrollaremos en una sección posterior, y que a diferencia de los primeros no tienen un parámetro fijo y predeterminado de valoración, porque se realizan a partir de meros criterios de oportunidad o de conveniencia que subjetivamente pueda utilizar el actor que realiza el control político.

Las modalidades de controles jurídicos de la administración y de su personal pueden clasificarse en dos grupos, según la naturaleza administrativa o jurisdiccional de los órganos competentes para ejercerlo.

2 Controle Jurídico en Sede Administrativa

2.1 Los Recursos Administrativos

Los recursos administrativos constituyen medios de impugnación de los actos administrativos¹ que se interponen y tramitan ante la propia administración pública. Son regulados por la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante: la LPAG)² como uno de los dos grupos de modalidades de revisión de los actos en sede administrativa que solo operan a pedido de los que se consideren afectados por una decisión administrativa, a diferencia del otro grupo de mecanismos de revisión de oficio de los actos administrativos (nulidad de oficio, revocación, rectificación de errores materiales).

El artículo 216^o de la LPAG establece que en sede administrativa proceden los recursos de (i) reconsideración y (ii) apelación. La reciente modificatoria de la LPAG dispuesta por el Decreto Legislativo N^o 1272³ dispuso la supresión del recurso de revisión, salvo que alguna norma legal especial lo prevea, basado en que se trataba de un recurso administrativo que había perdido progresivamente su justificación a partir

1 Juan Pablo Cajarville Peluffo. Recursos Administrativos. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2002. Pg. 61.

2 Nos referimos a la Ley N^o 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General incluyendo sus sucesivas reformas, las que conforme a la mas reciente modificación dispuesta por el Decreto Legislativo N^o 1272, han sido recogidas en el Texto Unico Ordenado de la citada ley aprobado mediante Decreto Supremo N^o 006-2017-JUS publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de marzo del 2017.

3 Publicado en el Diario Oficial El peruano el 21 de diciembre del 2016.

del proceso de descentralización iniciado en el año 2001 que ha transferido parte importante de las decisiones administrativas a los poderes territoriales, es decir las regiones y las municipalidades que constitucionalmente gozan de autonomía jurídica, política y económica.

Los marcos legales que por excepción establecen procedimientos administrativos especiales, atendiendo a la singularidad de la materia que regulan, pocas veces se apartan del sistema de recursos establecidos por la LPAG⁴, ya sea porque intencionalmente omiten regular sobre la materia o porque en forma expresa remiten a la aplicación del régimen de recursos de la LPAG. En cualquier caso, uno de los aspectos centrales de la reciente reforma dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272 lo constituye que en el artículo II del Título Preliminar de la LPAG se haya establecido que contiene las normas comunes “*para todos los procedimientos administrativosincluyendo los procedimientos especiales*” y que “*Las leyes que crean y regulan los procedimientos administrativos no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley*”, lo que significa que la LPAG consagra el mínimo común denominador de las garantías esenciales de los administrados en todos los procedimientos administrativos que tramiten las entidades públicas, incluyendo los regulados por leyes especiales o sectoriales de procedimiento administrativo, garantizando de esa manera la igualdad de trato ante las entidades de la administración pública.

Al consagrar las normas comunes para todos los procedimientos administrativos, la LPAG establece los institutos jurídicos claves, esenciales o nucleares que tienen obligatoriamente que acatar todas las entidades de la administración pública sin excepción, con independencia de las leyes sectoriales o especiales de procedimiento que regulen su actividad.

En nuestra opinión las reglas básicas del régimen de los recursos administrativos como es el caso de: la obligación de la administración de enmendar el error de denominación en que pueda haber incurrido el recurrente, el plazo mínimo de quince (15) días para su interposición, el carácter voluntario del recurso de reconsideración, el régimen del silencio administrativo aplicable a los recursos, los casos en que se considera

4 Ejemplo paradigmáticos lo constituyen: el Código Tributario que regula un régimen especial de recursos administrativos (reclamación y apelación ante el Tribunal fiscal) y la ley de contrataciones estatales que establece plazos mas breves para su interposición y la modalidad de silencio administrativo aplicable con el objeto de no dilatar que las entidades administrativas puedan adquirir oportunamente los bienes, servicios y obras que requieren para cumplir con los cometidos públicos que tienen a su cargo.

agotada la vía administrativa y otros, forman parte del mínimo común denominador de institutos jurídicos claves y garantías esenciales del procedimiento administrativo contenidas en la LPAG como norma común de los procedimientos administrativos que todas las entidades de la administración pública sin excepción tienen obligatoriamente que respetar con independencia de las leyes sectoriales o especiales de procedimiento que regulen su actividad.

Los recursos administrativos cumplen los siguientes objetivos: (i) constituyen un instrumento de garantía de los derechos de los particulares mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa de sus derechos e intereses cuestionando las decisiones administrativas que los afectan; (ii) un sector de la doctrina señala que también constituyen un eficaz mecanismo que la administración utiliza para el control de sus actos, en la medida que el particular se presenta como un colaborador de la Administración porque le permite volver a juzgar sobre la legalidad y/o el acierto de sus decisiones, finalmente (iii) también se les conceptúa desde una perspectiva más bien crítica como meros requisitos formales que deben utilizarse para el agotamiento de la vía administrativa, es decir, constituyen un presupuesto procesal para que, de ordinario, los particulares afectados por actuaciones administrativas puedan recurrir al Poder Judicial en demanda de revisión de la legalidad de las decisiones administrativas y tutela de sus derechos fundamentales, mediante el proceso contencioso administrativo. El artículo 148° de la Constitución peruana al consagrar el citado proceso contencioso administrativo establece que procede contra las decisiones administrativas “que causan estado”, razón por la cual para que el afectado por alguna actuación administrativa pueda acceder al control judicial requiere agotar previamente la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos que el marco legal establezca.

Los recursos pueden fundarse en argumentos de derecho o consideraciones de hechos y pruebas, tienen por finalidad esencial promover el control de la legalidad de los actos administrativos impugnados, es decir verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico, pero también pueden utilizarse para promover el control por parte de los propios órganos de la administración de la oportunidad de la emisión de los actos administrativos cuestionados, así como su mérito o conveniencia, para comprobar su adecuación al interés público cuya atención ha sido encomendada a la Administración Pública.

2.1.1 Actos Impugnables

Conforme al artículo 215.2 de la LPAG procede interponer recursos contra los actos administrativos definitivos que ponen fin a la instancia y se pronuncian sobre el fondo del asunto y sólo por excepción contra los actos administrativos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

Se entiende por actos administrativos definitivos aquellos que ponen fin a una instancia del procedimiento administrativo, sea la primera o una ulterior, decidiendo sobre el fondo de la cuestión planteada⁵.

Sólo por excepción, en la LPAG se contempla dos casos de actos de trámite o intermedios que si pueden ser recurridos directamente sin necesidad de esperar la emisión posterior de una resolución o acto administrativo definitivo: (i) se trata de aquellos actos que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, porque en estos casos se frustra o clausura el procedimiento de tal manera que no podrá dictarse acto definitivo, adquiriendo los citados actos de trámite virtual o indirectamente un carácter equiparable al de actos definitivos, y (ii) de aquellos actos de trámite que generan indefensión para los particulares.

2.1.2 Requisitos del Recurso y Error en la Calificación

El artículo 219° de la LPAG dispone que el escrito del recurso deberá señalar el acto administrativo que se impugna y cumplir con los requisitos que el artículo 122° de la citada ley establece para la presentación de cualquier escrito que los privados presenten ante las entidades administrativas: la identificación del recurrente, la concreción de lo solicitado y los fundamentos que lo avalan, la indicación de la entidad a la cual se presenta, etc. La reciente modificatoria dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272 ha suprimido la necesidad que los recursos administrativos sean autorizados por abogados, con la finalidad de facilitar

5 Armando Canosa . Los recursos administrativos. Editorial Abaco. Buenos Aires 1996, pg. 93. Dice Juan Carlos Morón que los actos administrativos definitivos: "Son los actos que deciden el procedimiento y concluyen la instancia administrativa, cualquiera que sea su contenido", en: "El nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N° 27444", publicado en AAVV. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Segunda parte. Ara Editores, Lima 2003. pg. 153.

su utilización por los administrados. Tampoco se requiere el pago de derechos de tramitación o tasas administrativas como requisito para la interposición de recursos administrativos porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado que no puede cobrarse al administrado por ejercer su derecho de defensa.

El artículo 221^o dispone que el error cometido por el recurrente en la calificación del recurso que interponga no debe ser obstáculo para que la administración pública lo encauce y lo trámite por la vía correcta, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter, se trata a no dudar de una regla claramente inspirada en el principio de informalismo consagrado por la LPAG⁶ conforme al cual las reglas del procedimiento administrativo no deben constituir una carrera de obstáculos que el privado tenga que salvar y por dicha razón es deber de las entidades interpretar y aplicar las normas de procedimiento en forma favorable a la admisión de los escritos presentados por los administrados para que sea factible que las entidades administrativas adopten una decisión sobre lo solicitado. La situación más frecuente en que debe ser aplicada la regla descrita sucede cuando el administrado presenta un escrito que denomina recurso de reconsideración contra un determinado acto administrativo pero sin cumplir con el requisito de acompañar nueva prueba que avale su impugnación sobre los hechos, si del escrito se puede deducir que su intención ha sido cuestionar el acto administrativo impugnado corresponde a la entidad administrativa encauzar su tramitación para tramitarlo como un recurso de apelación que deberá ser resuelto por el superior jerárquico de quien emitió el acto administrativo que se cuestiona.

2.1.3 Recurso de Reconsideración

Es un recurso de carácter voluntario por naturaleza. Su régimen esta regulado por el artículo 217^o de la LPAG que establece los siguientes caracteres:

Es un recurso de carácter opcional, su no utilización no impide que los legitimados puedan deducir directamente el recurso de apelación para que sea resuelto por el superior jerárquico;

⁶ *“Artículo IV Principios del procedimiento administrativo,1.6 Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”.*

Se interpone para que lo resuelva el mismo órgano, autoridad o instancia administrativa que dictó el acto administrativo que es objeto de la impugnación;

Constituye requisito indispensable de procedencia la presentación de nueva prueba que se justifica en la medida que el recurso de reconsideración esta diseñado para interponerse ante la misma autoridad o instancia que ya emitió un pronunciamiento o decisión con un contenido discrepante al que motiva la impugnación y por tanto el legislador ha entendido que la única forma de permitir su posible reevaluación consiste en que el recurrente aporte nuevos elementos de prueba que permitan a la autoridad u órgano que conoce del recurso revisar los fundamentos de hecho de su decisión⁷.

Se trata, por tanto, de un recurso administrativo que tiene por finalidad primordial cuestionar los fundamentos de hecho del acto administrativo impugnado, lo que no impide que también puedan utilizarse en el recurso argumentos adicionales o complementarios de carácter jurídico que deberá tomar en cuenta la autoridad encargada de resolver el respectivo recurso de reconsideración.

2.1.4 Recurso de Apelación

Regulado por el artículo 218° de la LPAG cuyos principales caracteres se reseñan a continuación:

A diferencia del recurso de reconsideración, el de apelación es un recurso necesario para agotar la vía administrativa cuando el acto que se impugna a sido dictado por una autoridad u órgano administrativo sometido a subordinación jerárquica en el procedimiento administrativo.

El recurrente debe fundar o sustentar su recurso de apelación en la diferente interpretación de las pruebas producidas o en cuestiones de carácter jurídico. Esto no impide que puedan presentarse nuevas pruebas y cuestionar los fundamentos de hecho del acto administrativo que se impugna⁸.

Debe presentarse ante la autoridad que expidió la resolución impugnada para que eleve lo actuado al superior jerárquico quien deberá resolver el respectivo recurso. Se entiende que corresponde a la autoridad de primera instancia que recibe el recurso de verificar el

7 Como bien señala Juan Carlos Morón para abrir la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión “la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración”, en: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima 2004, pg. 556.

8 En contra: Cristián Guzmán Napuri. El procedimiento Administrativo, Ara Editores, Lima 2007, pg. 280, para quien el recurso de apelación en la LPAG “no admite la presentación de nueva prueba”.

cumplimiento por el impugnante de las condiciones de procedencia de dicho recurso recogidos en el correspondiente Texto Unico de Procedimientos Administrativos – TUPA de la entidad, antes de proceder a la elevación del citado recurso al superior jerárquico competente para resolverlo.

2.1.5 Plazos de Interposición

El plazo para la interposición de los recursos de reconsideración o de apelación establecido por el artículo 216.2 de la LPAG es de quince (15) días a contar desde el día siguiente al de su notificación, más el término de la distancia.

2.1.6 Plazos para Resolver. Silencio Administrativo Aplicable

La LPAG no establece un plazo máximo específico para la resolución de los procedimientos recursivos por lo que es de aplicación el plazo máximo general de treinta (30) días hábiles establecido en los artículos 38° y 151° para todos los procedimientos administrativos de evaluación previa iniciados a instancia de parte, salvo que una norma legal hubiera establecido un plazo de terminación superior.

El artículo 223 de la LPAG específicamente referido al silencio administrativo en materia de recursos administrativos dispone que, en caso el órgano a cargo del procedimiento recursivo no lo resuelva dentro del plazo legalmente establecido, se debe aplicar lo dispuesto por el inciso 2) del párrafo 34.1 del artículo 34° de la citada ley, conforme al cual en todos los casos que el privado haya formulado una solicitud iniciándose un procedimiento administrativo a instancia de parte, si la administración no resolviese el referido procedimiento dentro de los plazos legales y a dicho procedimiento le fuera de aplicación el silencio administrativo negativo⁹, si el particular opta por utilizar esta figura para interponer algún recurso administrativo pero la administración tampoco resuelve este procedimiento recursivo dentro de los plazos máximos establecidos legalmente operará automáticamente por mandato del citado dispositivo el silencio administrativo positivo.

⁹ Los procedimientos en los que es de aplicación el silencio administrativo negativo son los previstos en el artículo 37° de la LPAG, lo cuales deben ser recogidos en los respectivos TUPAs de cada entidad.

En este punto conviene traer a colación que en consonancia con la regla anterior el artículo 197.6 de la LPAG dispone que en los procedimientos administrativos que se inicien con motivo de los recursos administrativos que interpongan los interesados para impugnar la aplicación de una sanción (multas, etc.) dictada en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública, no obstante que en los casos de los procedimientos recursivos contra sanciones administrativas es de aplicación por regla general el silencio administrativo negativo, por excepción se deberá aplicar el silencio administrativo positivo a favor del recurrente de la sanción en la hipótesis que el particular haya optado primeramente por la aplicación del silencio negativo en una instancia administrativa recursiva anterior. En otras palabras para que opere esta regla se deben cumplir las siguientes premisas: una entidad aplica una sanción administrativa, la cual es recurrida por el particular que se considera afectado ante una primera instancia administrativa, la que no resuelve el citado recurso en los plazos legalmente establecidos, lo que origina que el recurrente pueda invocar el silencio administrativo negativo y proceder a interponer el correspondiente recurso para que lo resuelva una segunda instancia administrativa, la que en caso tampoco emita su resolución dentro de los plazos legalmente determinados traerá como consecuencia que sea de aplicación el silencio administrativo positivo en favor del recurrente liberándolo automáticamente de la sanción impugnada.

2.1.7 La No Suspensión del Acto Impugnado: Principio de Ejecutividad

El artículo 216.1 de la LPAG establece que la interposición de cualquier recurso administrativo no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

Como se sabe la ejecutividad constituye uno de los atributos del acto administrativo derivado del cual la sola oposición o impugnación del administrado no impide su ejecución o suspende sus efectos, porque de lo contrario el cumplimiento de las funciones de la administración pública y principalmente la tutela de los intereses públicos que tiene encomendados, se verían afectados.

Conforme a nuestro régimen jurídico – administrativo las decisiones de la administración pública, no obstante que el administrado se oponga a ellas, producen plenos efectos jurídicos para sus destinatarios,

salvo en dos situaciones: (i) que la ley establezca que la sola impugnación del particular produce automáticamente la suspensión de la eficacia del acto impugnado, como sucede con las sanciones administrativas por mandato del artículo 256.2 de la LPAG, y (ii) que la autoridad a quien compete resolver el respectivo recurso administrativo disponga de oficio o a pedido de parte la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos legalmente.

En consonancia con el artículo 256.2 de la LPAG citado que establece que la impugnación oportuna mediante la interposición de los correspondientes recursos administrativos de las sanciones administrativas impide que puedan ejecutarse, el artículo artículo 9.1 de la Ley N° 26979 de Ejecución Coactiva¹⁰ también dispone que las sanciones de multa que han sido materia de recurso administrativo dentro de los plazos de ley no constituyen obligaciones susceptibles de ejecutarse mediante el procedimiento administrativo coactivo¹¹. Al respecto el inciso c) del artículo 22° de la citada Ley de Ejecución Coactiva establece que los ejecutores coactivos no pueden iniciar el procedimiento coactivo de obligaciones en favor del Estado hasta esperar que venza establecido legalmente para que el particular pueda impugnar el acto o la resolución administrativa que establece la obligación. Asimismo conforme al inciso e) del artículo 16.1 de la citada ley constituye causal de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva que se encuentre en trámite un recurso administrativo presentado dentro de los plazos.

2.1.8 Medida Cautelar de Suspensión en Sede Administrativa

Para equilibrar la regla de la ejecutividad del acto administrativo, establecida por la ley con la finalidad de evitar que mediante la sola impugnación de las decisiones administrativas se trabe el accionar de la administración pública, la reciente reforma a la LPAG dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272 al texto del numeral 2) y siguientes del artículo 224° de la LPAG ha querido potenciar la facultad otorgada a la autoridad administrativa encargada de resolver el recurso correspondiente para, de oficio o a petición de parte, disponer la suspensión de

10 Nos referimos a la Ley de Ejecución Coactiva conforme la versión recogida en el Texto Unico Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° _____.

11 Sobre el tema: Jorge Danós Ordóñez y Diego Zegarra Valdivia. El procedimiento de ejecución coactiva. Gaceta Jurídica . Lima 1999, pg. 74.

la ejecución del acto cuestionado siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: i) Que la ejecución del acto impugnado pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación al que se considere afectado o, ii) que se aprecie objetivamente que el acto administrativo cuestionado padece de un vicio de nulidad trascendente. En tales casos para adoptar una decisión la citada autoridad deberá efectuar una ponderación razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que origina al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, facultándose para que en caso decida disponer la suspensión del acto impugnado pueda dictar las medidas necesarias para asegurar la protección del interés público o de los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada. Decidida la suspensión se deberá mantener durante todo el trámite del procedimiento administrativo recursivo o el correspondiente proceso contencioso administrativo, salvo que las autoridades a cargo del a tramitación de los citados procesos dispongan lo contrario.

2.1.9 Terminación del Procedimiento Recursivo

La LPAG regula en su artículo 195° los dos tipos de terminación de los procedimientos administrativos en general reconocidos por la doctrina: la terminación normal, que se produce por la emisión de la resolución que decide las cuestiones planteadas en el procedimiento o que se derivan del mismo y las formas de terminación anormal que se producen cuando el procedimiento termina sin que se haya producido el acto final resolutorio de las cuestiones de fondo, en tales casos el procedimiento no llega a su fin por voluntad expresada directamente por los administrados como es el caso del desistimiento y de la renuncia, o indirectamente como es el caso del abandono y ciertos supuestos del silencio administrativo.

De conformidad con el artículo 196.2 de la LPAG la resolución que pone fin al procedimiento estará impedida de vulnerar el principio denominado “reformatio in peius” (prohibición de reforma en peor), en virtud del cual con motivo de una petición formulada por un particular como es el caso de los recursos administrativos no se puede agravar la situación inicial del administrado, sin perjuicio de que la Administración pueda incoar de oficio un nuevo procedimiento administrativo, si fuera procedente.

El artículo 225° de la LPAG dispone que la resolución que pone fin al procedimiento administrativo recursivo podrá tener alguno de los

siguientes sentidos: i) estimar en todo o en parte la pretensión impugnatoria formulada en el recurso (es decir, declararlo fundado); ii) desestimarla; iii) declarar inadmisibles el recurso por algún vicio formal en su interposición; iv) declarar la nulidad de la resolución recurrida con motivo de algún vicio cometido durante el trámite del procedimiento administrativo en el que se expidió el acto impugnado, caso este en que la norma dispone que el órgano resolutor del recurso además de declarar la nulidad podrá decidir sobre el fondo del asunto siempre que cuente en el expediente con los elementos suficientes para ello, pero cuando no le sea posible hacerlo por carecer de dichos elementos, deberá disponer la reposición del procedimiento administrativo hasta el momento en que el vicio generador de la nulidad se produjo.

En el caso que el recurso interpuesto haya formulado como su pretensión la declaratoria de nulidad de la resolución impugnada¹², la reciente modificatoria del texto del art. 11.2 de la LPAG dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272 ha querido dejar en claro que corresponde pronunciarse a la autoridad competente para resolver el correspondiente recurso de reconsideración y/o de apelación interpuesto, porque equivocadamente algunas entidades entendían que la nulidad sólo podía ser declarada por el superior jerárquico de quien emitió el acto que se impugna, como es la regla cuando se ejercita la potestad de nulidad de oficio de los actos administrativos regulada por el artículo 211° de la LPAG.

2.1.10 Agotamiento de la Vía Administrativa

Finalmente, en lo que respecta al agotamiento de la vía administrativa el artículo 226° de la LPAG establece las reglas para precisar en que situaciones se puede considerar cumplido dicho requisito de modo que quede expedito el camino para que los particulares puedan impugnar judicialmente las resoluciones administrativas que consideran violan sus derechos o atentan contra sus intereses legítimos¹³.

2.2 Los Tribunales Administrativos

12 La LPAG no contempla la figura de un "recurso de nulidad", pero en virtud de lo establecido por el artículo 11.1 la alegación de nulidad de una actuación administrativa si puede servir de argumento para sustentar un recurso administrativo o como pretensión.

13 Sobre el tema: Jorge Danós Ordóñez. "Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones „que causan estado“ ". En: Revista de la Academia de la Magistratura N° 1, Lima 1998. Pg. 207 y ss.

En el Perú un instrumento sobre el que existe consenso que ha resultado positivo para el control jurídico de la administración pública lo ha constituido la creación de un número importante de tribunales administrativos que en ejercicio de potestades plenamente administrativas y no jurisdiccionales resuelven controversias en última instancia administrativa. Se trata de una experiencia que no es novedosa en el ordenamiento jurídico peruano porque desde la primera mitad del siglo pasado en que se crearon los primeros tribunales administrativos hasta la actualidad, existen cerca de 50 tribunales administrativos legalmente creados cuya principal función es resolver controversias en sede administrativa la mayor parte de las veces entre la administración y los particulares, pero también de estos entre sí, en última instancia administrativa¹⁴. Son órganos que forman parte de la administración pública, integrados por profesionales que en el ejercicio de sus funciones son considerados funcionarios públicos que tienden a ser designados en virtud de su conocimiento especializado en las materias que son objeto de su competencia, que resuelven en forma colegiada, a los cuales se les otorga autonomía e independencia para que puedan evaluar con objetividad decisiones que han sido adoptadas por otros órganos o entidades administrativas, sin perjuicio de que el que se considere afectado por la resolución del tribunal administrativo pueda cuestionarla mediante el respectivo proceso contencioso administrativo antes el Poder Judicial.

Se trata de una manifestación de los denominados autocontroles de la administración pública¹⁵. Resuelven controversias administrativas de los temas más variados: tributario, registral, minero, protección administrativa de la libre competencia en el mercado, controversias entre empresas concesionarias y usuarios de servicios públicos, controversias entre servidores públicos con sus respectivas entidad públicas empleadoras, controversias sobre la aplicación de sanciones administrativas en materia ambiental, la impugnación a las actuaciones de las entidades

14 He reflexionado sobre el régimen del Tribunal Fiscal peruano como tribunal administrativo en: "El proceso contencioso administrativo en materia tributaria". En: Themis revista de derecho. N° 41. Lima 2000, pg. 73 y ss.

15 Para Fernando De La Rúa Jurisdicción y Administración. Relaciones, límites y controles. Recursos judiciales. Lerner Editores. Buenos Aires 1979. P. 134 y 137, los tribunales administrativos constituyen "órganos administrativos de aplicación", los caracteriza como "...cuerpos administrativos que no ejercen un control de la administración sino *en* la administración: cumplen una actividad funcional *interna*. Ellos emiten la voluntad del poder administrador la cual, si el interesado no recurre a la justicia dentro de cierto tiempo, deviene firme, con el alcance de la cosa juzgada administrativa..." (el énfasis es mío).

públicas que tramitan procedimientos de selección bajo el régimen de compras estatales , etc., etc¹⁶.

La experiencia ha demostrado que la existencia de tribunales administrativos desalienta la litigiosidad judicial en contra de las decisiones de la administración pública que agotan la vía administrativa.

Las estadísticas -que no es el caso citar- demuestran que los procesos contencioso- administrativos iniciados contra resoluciones dictadas por tribunales administrativos son sustancialmente inferiores que el número de demandas que se interponen contra los actos administrativos emitidos por las demás entidades de la administración pública.

Un aspecto que puede ser importante tener presente es que se da con frecuencia la situación que los tribunales administrativos deban resolver controversias entre dos personas (naturales o jurídicas) privadas, principalmente en aquellos ámbitos en los que hay intervención administrativa en la regulación y/o control de determinadas actividades económicas, como sucede respecto de los servicios públicos domiciliarios de contenido económico (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento), las controversias sobre protección de la libre competencia en el mercado, etc. Se trata de los procedimientos que la LPAG ha caracterizado como “procedimientos administrativos triangulares”, que son aquellos mediante los cuales la administración pública resuelve por mandato legal controversias entre dos o más particulares, sin perjuicio de que los descontentos puedan impugnar la resolución que se emita ante el Poder Judicial por vía contenciosa administrativa. Por tanto, puede suceder que cualquiera de los privados que tiene la condición de parte (el usuario o la empresa operadora de un servicio público) no esté de acuerdo con la resolución dictada por el tribunal administrativo respectivo y que interponga una demanda contenciosa - administrativa para la tutela de sus pretensiones. En tales casos podemos observar se estarían ventilando en el proceso contencioso - administrativo controversias entre dos privados que de no existir una vía administrativa previa obligatoria

16 La regulación del régimen de los tribunales administrativos en el Perú tiende a ser dispersa porque son creados por normas legales que regulan sectores específicos (minería, tributario, libre competencia, mar legal de contrataciones estatales, etc.), a excepción de la referencia puntual que hace de ellos la LPAG respecto de sus resoluciones (numeral 2.8) del art. V del Título Preliminar y del régimen especial para declarar la nulidad de oficio de sus resoluciones (art. 211.5). El primer intento de establecer una regulación común para dichos tribunales administrativos es el contenido en el anteproyecto de ley de bases de la administración pública elaborado por un grupo de trabajo designado por el Ministerio de Justicia que tuvimos el honor de integrar que se puede revisar en: www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/10/Anteproyecto-de-Ley-de-Bases-de-la-Administración-Pública1

hubieran resuelto sus controversias mediante un proceso probablemente civil.

2.3 Control de Barreras Burocráticas

Otro mecanismo de control jurídico de la administración pública en el Perú que se desarrolla en sede administrativa, del cual no conocemos referencias en el derecho comparado, es el de control de barreras burocráticas encargado al Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, cuyo objetivo declarado por el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1256 que aprueba la ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante: LPEBB) es proteger los derechos constitucionales a la iniciativa privada y a la libertad de empresa,

“mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública”¹⁷.

Se trata de un importante instrumento creado para reforzar el cumplimiento de las normas sobre simplificación administrativa contenidas fundamentalmente en la LPAG¹⁸, además de otras leyes especiales, que tienen una especial relevancia en el ordenamiento jurídico administrativo peruano porque establecen reglas para que las entidades administrativas no afecten a los privados y, en especial la actividad económica,

17 Puede revisarse información sobre los lineamientos y la jurisprudencia dictada sobre barreras burocráticas en: www.indecopi.gob.pe/eliminación-de-barreras-burocraticas

18 En la LPAG las reglas sobre simplificación de aplicación general para todas las entidades administrativas que se encuentran principalmente en los artículos 29º al 58º que regulan: la clasificación de los procedimientos administrativos en: procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa, estos últimos a su vez subdivididos en función del tipo de silencio administrativo aplicable (positivo o negativo), el régimen de los Textos Unicos de Procedimiento Administrativo – TUPAS que deben compilar todos los procedimientos administrativos iniciados a pedido de parte, la posibilidad de establecer procedimientos estandarizados obligatorios, las reglas para determinar el importe de las tasas o derechos de tramitación, la documentación que las entidades administrativas están impedidas de solicitar a los administrados, los documentos sucedáneos que están obligadas a recibir de los administrados y el principio de presunción de veracidad conforme el cual la administración debe presumir que todas las declaraciones y documentos que los privados le presenten se presumen veraces, con cargo a la verificación que realice la administración.

con prácticas que no responden a los cometidos de tutela de los intereses generales que la sociedad y el ordenamiento jurídico le han encomendado. Esta a cargo de la Comisión de Barreras Burocráticas que es un órgano colegiado de INDECOPI y en segunda y última instancia administrativa de la sala especializada en defensa de la competencia del Tribunal administrativo de INDECOPI.

El control puede realizarse a pedido de parte o de oficio contra barreras burocráticas que pueden materializarse a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o meras actuaciones materiales de la administración. La definición de barrera burocrática prevista legalmente comprende a:

“toda exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa....”¹⁹.

El control de las barreras se efectúa bajo dos parámetros: i) el análisis de legalidad y ii) la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada. El análisis de legalidad de la barrera se circunscribe a tres aspectos concretos: a) Verificar si la entidad cuenta con competencia legalmente conferida; b) si se han respetado los procedimientos y formalidades establecidas legalmente y c) si se han vulnerado las normas y/o principios de simplificación administrativa y cualquier otra norma legal. Si la Comisión de Barreras Burocráticas de INDECOPI al analizar una medida determina su ilegalidad ya no debe evaluar su razonabilidad, porque este segundo parámetro solo lo debe emplear cuando se desestima que la medida denunciada sea ilegal. El análisis de razonabilidad de la barrera burocrática²⁰ verificará que la medida no sea arbitraria y/o que la medida es proporcional, lo cual deberá ser acreditado por la entidad emisora de la medida cuestionada.

En el artículo 23° de la LPEBB se prevé la posibilidad que durante la tramitación del procedimiento se pueda dictar, de oficio o a pedido de la parte que haya presentado la denuncia, una medida cautelar para

19 El artículo 3° de la LPEBB a la vez que define el concepto de barrera burocrática a efectos de identificar las medidas objeto del control, también precisa que actuaciones o exigencias administrativas no tienen la condición de barreras.

20 Regulado por los artículos 15° al 18° de la LPEBB.

que la entidad administrativa emisora de la medida cuestionada se abstenga de aplicar o imponer la barrera burocrática que se presume ilegal o carente de razonabilidad, la que se mantendrá hasta que la Sala del Tribunal administrativo de INDECOPI se pronuncie en caso de formularse una apelación.

Si el resultado del procedimiento administrativo de evaluación de barreras burocráticas es positivo, los efectos de la decisión (restringidos al caso concreto o de aplicación general) dependerán: i) de la forma como se ha materializado la barrera (si se trata de un acto administrativo o un dispositivo legal), ii) si el procedimiento se ha iniciado de oficio o por denuncia de parte y iii) si es que se le declara una barrera por ilegalidad o por carencia de razonabilidad.

Si en un procedimiento iniciado por denuncia de parte se declara la ilegalidad o irrazonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, actos administrativos y/o actuaciones administrativas, dispone su inaplicación al caso concreto a favor del denunciante. Si la denuncia hubiera sido formulada por una asociación la inaplicación solo beneficia a aquellos asociados cuya representación fue acreditada mediante poderes de representación procesal suficientes.

Respecto de barreras materializadas en disposiciones administrativas, entendiéndose como tal a toda norma reglamentaria o infralegal de los niveles nacional, regional y local, a las ordenanzas regionales y municipales²¹, con excepción de las leyes u otras normas con rango de

21 Los fundamentos de la potestad de los órganos de INDECOPI para disponer la inaplicación de una barrera burocrática materializada en una ordenanza municipal han sido expresados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en la Sentencia Expediente N° 00014-2009-AI/TC: "25. (...) este Colegiado debe puntualizar (...) que la CEB, cuando "inaplica" una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad. Por ejemplo, cuando en un procedimiento administrativo se detecta que una ordenanza es contraria a normas como el Decreto Legislativo N.° 757 (Ley Marco de para el Crecimiento de la Inversión Privada), Ley N.° 27444, Ley N.° 28976 (Ley Marco de licencia de funcionamiento) e inclusive la Ley N.° 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades), la CEB resuelve tal antinomia en virtud del principio de competencia excluyente, "aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante" [0047-2004-AI/TC, fund. 54, e)]. Como se observa, la situación generada se resuelve a partir de determinar que se trata de una antinomia entre dos normas del mismo rango, como pueden ser las leyes formales y las ordenanzas regionales y municipales. Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución. 26. El ejercicio de la CEB se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo que vigilará la preservación del orden público económico. Así, no resulta argumentable que en el ejercicio de la autonomía municipal y regional se contravengan normas de alcance nacional, como por ejemplo la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, en virtud de una ordenanza municipal o regional".

ley de alcance nacional emitidas en ejercicio de potestades legislativas, si el procedimiento es iniciado por denuncia de parte o de oficio y se verifica exclusivamente la ilegalidad de las disposiciones administrativas denunciadas, se dispone la inaplicación con efectos generales de tales disposiciones que han sido consideradas barreras burocráticas, lo que significa que la entidad administrativa emisora de la disposición descalificada deberá inaplicarlas en beneficio de todos los agentes económicos y administrativos afectados, real o potencialmente, a partir del día siguiente del la publicación del extracto de la respectiva resolución en el Diario Oficial EL Peruano. Para efectos prácticos dicha inaplicación general de la disposición administrativa considerada burocrática es similar a dejar sin efecto (derogar) la citada barrera burocrática.

Cuando el procedimiento de control haya sido iniciado de oficio y se haya concluido que la barrera burocrática materializada en una disposición administrativa no es ilegal pero carece de razonabilidad deberá publicarse el extracto de la respectiva resolución en el Diario Oficial El Peruano. En los otros casos en los que también se haya iniciado de oficio el procedimiento contra disposiciones administrativas y se haya concluido que constituyen barreras ilegales y/o carentes de razonabilidad, INDECOPI podrá interponer una demanda para dar inicio al proceso constitucional de acción popular para que el Poder Judicial las declare ilegales con carácter general, mientras que en el caso de ordenanzas regionales y municipales podrá acudir a la Defensoría del Pueblo para solicitarle que utilice la facultad que la Constitución le confiere para iniciar un proceso de inconstitucionalidad contra cualquiera de dichas ordenanzas ante el Tribunal Constitucional cuya sentencia tendría también efectos generales.

Junto con la declaratoria de barrera burocrática, se permite que cuando se trate del caso concreto de un denunciante, pueda dictarse una medida correctiva que ordene a la entidad le devuelva los derechos de trámite cobrados ilegalmente o carentes de razonabilidad.

Para reforzar el cumplimiento de las resoluciones que declaran barreras burocráticas la LPEBB ha previsto²² la posibilidad que la Comisión de eliminación de Barreras Burocráticas o la sala competente del Tribunal administrativo de INDECOPI puedan sancionar a la entidad administrativa renuente a acatar la obligación de inaplicar las medidas

22 Arts 33° al 42°.

calificadas como barreras al caso concreto o con carácter general, según corresponda, pero lo hasta cierto punto novedoso en el ordenamiento jurídico – administrativo peruano, es que también se prevé la posibilidad de que los citados órganos de INDECOPI puedan sancionar con multas directamente a los funcionarios y el personal de las citadas entidades administrativas (de nivel nacional, regional o local) que incumplan los mandatos de inaplicación particular o general de las barreras burocráticas, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, civil y penal que les puedan exigir. Lo usual es que el marco jurídico ordene sancione a las entidades que incumplen las disposiciones de los órganos encargados de su control, lo singular en este caso es que la experiencia ha demostrado que sancionar a la entidad administrativa no siempre desalienta la repetición de las conductas infractoras porque finalmente “socializa” el pago de la correspondiente sanción, por esa razón es que se ha considerado que cumple mejor la función de prevención que se puedan aplicar multas directamente al personal de la administración que incumpla los mandatos que ordenan inaplicar barreras burocráticas porque impactara directamente sobre su patrimonio lo que hará que sean mas propensos al acatamiento de las decisiones sobre la materia.

3 Controle Jurídico en Sede Jurisdiccional

3.1 El Proceso Contencioso Administrativo

3.1.1 Régimen Constitucional del Proceso Contencioso Administrativo

En el Perú el proceso contencioso administrativo se encuentra consagrado en el artículo 148^o²³ de la Constitución vigente como mecanismo de tutela jurisdiccional de los particulares para defenderse de las actuaciones administrativas arbitrarias que les afecten y como medio de control de la legalidad de la actividad administrativa²⁴.

23 “Artículo 148^o.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa – administrativa”.

24 Texto Unico Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificada por el Decreto Legislativo N° 1067, aprobada mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS : “Artículo 1^o.- La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148^o de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Para los efectos de esta ley, la acción contenciosa administrativa se denominará proceso contencioso administrativo”.

El proceso contencioso administrativo ha sido configurado constitucionalmente en el Perú como una garantía esencial del Estado de Derecho, porque constituye un mecanismo creado para controlar que la Administración Pública actúe subordinada al marco jurídico que regula su actividad (la Constitución, las leyes y los reglamentos), permitiendo a los ciudadanos acudir a otro Poder del Estado (el Judicial) demandando que evalúe si las actuaciones de la Administración son contrarias o no a Derecho.

La consagración a nivel constitucional del proceso contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico – administrativo peruano cumple los siguientes objetivos: (i) Garantiza el equilibrio entre los poderes del Estado, porque permite que lo decidido por las entidades y órganos que conforman la Administración Pública, o que ejercen funciones administrativas, en cualquiera de sus tres niveles de Gobierno territorial, es decir nacional, regional y local, pueda ser revisado a pedido de los interesados por otro poder distinto y autónomo como lo es el Poder Judicial; (ii) Refuerza el principio de legalidad que fundamenta a la Administración Pública, porque conforme a la arquitectura Constitucional toda acción administrativa debe sujetarse al ordenamiento jurídico preestablecido, razón por la que se confiere al Poder Judicial la potestad de verificar en sede jurisdiccional la legalidad de las actuaciones administrativas impugnadas; (iii) Consagra el derecho subjetivo de los particulares para poder cuestionar ante el Poder Judicial todas las decisiones administrativas que les afecten, demandando la satisfacción jurídica de sus pretensiones contra la Administración Pública, lo que constituye un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración que también está amparado por los Tratados Internacionales que sobre Derechos Humanos ha refrendado nuestro país; (iv) Correlativamente establece una tácita reserva constitucional para que el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa se realice exclusivamente a través del Proceso Contencioso Administrativo, como el proceso ordinario destinado especialmente al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa y no mediante otros procesos (de orden civil, etc.), a excepción de los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales que sirven también subsidiariamente para el control de las acciones administrativas (amparo, habeas data,

proceso de cumplimiento, etc.)²⁵; (v) al consagrarse el proceso contencioso administrativo se impide que el legislador pueda aprobar normas que excluyan determinadas actuaciones administrativas del ámbito del citado proceso declarándolas exentas o inmunes a un eventual control jurisdiccional (se proclama la universalidad del control); que se restrinja irrazonablemente el acceso de los particulares ante la Justicia para iniciar el citado proceso; que se reduzcan las potestades de la magistratura en orden a ejercer sin restricciones el control jurídico de la Administración o, finalmente; que se desnaturalice el cauce establecido legalmente impidiendo a los particulares acceder a la tutela jurisdiccional respecto de la Administración Pública.

Es importante resaltar que si bien el precepto constitucional glosado se refiere a “las resoluciones administrativas” como objeto del proceso contencioso administrativo, cabe tener presente que la consagración constitucional del citado proceso en nuestra opinión tiene dos efectos: (i) el proceso contencioso administrativo no está concebido exclusivamente como un “proceso al acto”, que restrinja las potestades de los jueces a sólo determinar la validez o no del acto impugnado, como si se tratase de una segunda instancia simplemente revisora del procedimiento tramitado en sede administrativa, porque en concordancia con el derecho a la tutela jurisdiccional consagrado por el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución²⁶ y los Tratados internacionales de los que el Perú es parte, lo correcto es que el contencioso administrativo se configure como un proceso que tiene por objeto no sólo la declaración judicial de invalidez de las actuaciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico, sino también el restablecimiento para el particular de las situaciones ilegítimamente perturbadas por la Administración Pública, por lo que el verdadero objeto del proceso es lo que el demandante pretende ante los tribunales (“la pretensión”), y el papel del acto administrativo impugnado (las denominadas “resoluciones”) se reduce a un mero presupuesto de procedibilidad, no pudiendo condicionar este último el alcance de las potestades judiciales; (ii) el control a través del proceso contencioso administrativo implica la plena justiciabilidad del universo

25 Artículo 3° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo N° 27584.- Exclusividad del proceso contencioso administrativo.- *Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se puedan recurrir a los procesos constitucionales.*

26 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)

de las actuaciones de la Administración Pública, y no sólo de los actos administrativos expresos, por lo cual debe incluir a la inercia o el comportamiento omisivo de la Administración cuando constituya violación de un deber legal y las meras actuaciones materiales o actividades de ejecución de las entidades administrativas sin estar precedidas de un acto administrativo que le sirva de cobertura.

Conforme al artículo 148° de la Constitución Peruana, la condición que deben reunir los actos administrativos para ser cuestionados ante el Poder Judicial es que causen estado, es decir que agoten o pongan fin a la vía administrativa porque fijan de manera definitiva la voluntad de la Administración, constituyendo la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso administrativo, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente su pronunciamiento podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial²⁷. Las reglas sobre la forma como el particular puede cumplir dicho requisito están establecidas en el artículo 226° de la LPAG que ha regulado los recursos y los actos mediante los cuales el particular puede entender por agotada la vía administrativa, a fin de acceder a la tutela judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

3.1.2 El Marco Legal

Las reglas de desarrollo del proceso contencioso administrativo están contenidas en la Ley N° 27584²⁸, que es la primera norma legal que reguló en forma específica en el Perú el citado proceso²⁹, cuyas

27 He analizado los conceptos “causar estado” y “agotar la vía administrativa” como sinónimos en: “Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones „que causan estado“ Ius Et Veritas N° 16, Lima, 1988, pg. 151 y en la Revista de la Academia de la Magistratura N° 1, Lima 1998, pg. 209. También en: “El proceso contencioso administrativo en materia Tributaria”, en Themis N° 41, Lima, 2000.

28 Ley cuya entrada en vigencia se dilató seis (6) meses desde el 17 de abril del 2002 hasta junio del mismo año por mandato de un Decreto de Urgencia que utilizó como justificación el infundado temor del Gobierno de una posible avalancha de ejecuciones de obligaciones pecuniarias en su contra, que nunca se dio.

29 Sobre el tema: Giovanni F. Priori Posada. Comentarios a la Ley del proceso Contencioso Administrativo. Ara Editores. Lima 2009. 4ta. Edición, pg 59. También: Ramón Huapaya Tapia. Tratado del Proceso Contencioso Administrativo, Jurista Editores, Lima 2006, pg. 377. Juan José Diez Sánchez. “Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso administrativo del Perú”. En: la obra colectiva promovida por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo titulada “Derecho Administrativo”, que recoge las ponencias presentadas al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú en abril del 2004. Jurista Editores, Lima, 2004, pg. 167 y ss.

modificaciones posteriores, entre ellas la más importante dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1067 de junio del 2008, han sido recopiladas en el Texto Unido Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2008-JUS del 28 de agosto del año 2008, al que en adelante nos referiremos como el TUO de la LPCA.

La citada ley fue aprobada por el Congreso sobre la base de un proyecto elaborado por una Comisión designada para dicho propósito por el Ministerio de Justicia, mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS la que preparó un texto que fuera difundido por el Diario Oficial en una separata especial publicada el 5 de julio del 2001, acompañado de una prolija Exposición de Motivos cuya lectura recomendamos a quienes quieran profundizar en el estudio de la materia³⁰.

La referida ley, en concordancia con el artículo 148° de la Constitución, diseña al contencioso administrativo como un proceso de plena jurisdicción, o como la doctrina administrativa le denomina “de carácter subjetivo”, de modo que el juez no se puede limitar a efectuar un mero control de la validez de los actos administrativos, sino que tiene encomendado la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas³¹. Entre las pretensiones que los demandantes pueden formular en el proceso, las que pueden acumularse, sea de forma originaria o sucesiva, se encuentran: que se declare la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado; el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo; que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme y que se le condene al pago de indemnización por el daño causado por alguna actuación administrativa (art. 5°).

30 Proyecto publicado con su respectiva Exposición de Motivos en una separata especial de el Diario Oficial El Peruano el 5 de julio del año 2001, que fuera elaborado por una Comisión de juristas designada con dicho propósito por el Ministerio de Justicia y que al autor de este trabajo le correspondió el honor de presidir.

31 Sobre el tema: Eloy Espinosa – Saldaña Barrera. “El nuevo proceso contencioso administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo?”. En: Normas Legales. Tomo 319, Volumen II, Lima, Diciembre 2002, pg. 1 y ss. También publicado en: Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara Editores, Lima, 2003, pg. 253 y ss.

En lo que respecta a la pretensión indemnizatoria para exigir la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración, como hemos señalado en otro trabajo³², si bien es positiva la evolución que ha experimentado el régimen legal del proceso contencioso administrativo que con las reformas introducidas por el Decreto Legislativo N° 1067 a partir del año 2008 se ha consignado por primera vez en la relación de pretensiones que se pueden exigir en los procesos contenciosos administrativos a la pretensión indemnizatoria por el daño causado por la Administración pero condicionándola a que sólo opere siempre y cuando se plantee en forma acumulativa a alguna de las otras pretensiones que se exijan en la correspondiente demanda, sin embargo la realidad ha demostrado que dicha condicionalidad ha afectado gravemente en la práctica su operatividad³³.

La citada ley a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo, en virtud de lo establecido por el artículo 148° de la Constitución, establece con fines meramente ilustrativos (no taxativos) una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio administrativo, la inercia o cualquier otra omisión formal de la administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que transgredan el marco legal (ejem: excesos en el procedimiento de cobranza coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la administración pública ya sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos por la administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos que suscribe la administración pública peruana, razón por la cual en el Perú la casi totalidad de las controversias que se generan entre los contratistas privados y el

32 En: "Fundamentos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública en el Perú", ponencia presentada al XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, publicada en : La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana y otros, Universidad Panamericana, México 2014, Tomo II, pg 417.

33 Participa de la misma opinión crítica: Luis Alberto Huamán Ordóñez. El proceso contencioso administrativo. Opus cit, 164 y 165 y 287 a 289; también Giovanni F. Priori Posada. Comentarios a la Ley del proceso Contencioso Administrativo, opus cit, pgs 138 a 142 quien considera que como consecuencia de dicha restricción el afectado no estaría impedido de poder derivar la pretensión indemnizatoria por sí sola al proceso y juez civil, quebrando el principio de especialidad que es propio del proceso contencioso administrativo.

Estado durante la ejecución de un contrato con el Estado se resuelve a través de procesos arbitrales (art.4°).

En cuanto a los órganos jurisdiccionales encargados de resolver el proceso contencioso administrativo, la ley consagra la creación de jueces de primera instancia y de salas de la Corte Superior, especializados en lo Contencioso Administrativo, con el objetivo de obtener mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la administración pública. En los distritos judiciales del país en los que no exista juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo será competente el Juez en lo Civil o el Juez mixto, o en su caso la Sala Civil correspondiente. Se establece que el proceso deberá iniciarse por regla general ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la respectiva Corte Superior (art. 11°). La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (arts. 35° y 36°), salvo aquellos casos en que el objeto de la demanda verse sobre actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCR), la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones (SBS) y de la Superintendencia Nacional de Salud, en el que es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva, en segunda instancia la Sala Civil de la Corte Suprema y si se interpone recurso de casación la competencia recae en la Sala Constitucional y Social también de la Corte Suprema³⁴. En nuestra opinión no existe justificación alguna para que la Corte Suprema, es verdad que a través de Salas diferentes, pueda pronunciarse dos veces en un mismo proceso.

Asimismo se establece que el contencioso administrativo es el cauce procesal para aquellos supuestos excepcionales en que las leyes administrativas (art. 202.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444) facultan a la administración pública para demandar ante el Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos declarativos de derechos a favor de un particular, dentro del plazo de los dos años siguientes al vencimiento del plazo de un año con que cuenta la Administración para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa³⁵. La ley exige que la administración pública

34 Según el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de la LPCA cuyo texto ha sido modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1158 del 2013.

35 Sobre el tema: Juan Carlos Morón Urbina. "El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración". En: Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal. Editada por la asociación

para hacer uso de la citada facultad de interponer demanda contenciosa administrativa contra sus propios actos emita previamente una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurrió el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público (segundo párrafo del art. 13°). En tal caso tendrá la calidad de demandado el particular que podría ser perjudicado por la eventual declaración judicial de nulidad del acto administrativo que le reconoce derechos (numeral 5 del art. 15°).

La ley establece el plazo de tres meses como regla general para que los afectados por alguna actuación de la administración pública puedan interponer la correspondiente demanda contenciosa administrativa, a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero. En los casos de en que se haya producido silencio administrativo negativo u otras formas de inactividad formal de la Administración Pública no se computa plazo para que los interesados interpongan su demanda porque se entiende que es responsabilidad de cargo de la Administración Pública el no emitir oportunamente su pronunciamiento. Cuando se pretenda cuestionar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo para presentar la demanda será de tres meses desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones. Respecto de los terceros que no hayan participado en el respectivo procedimiento administrativo que da origen a alguna actuación administrativa pero que resulten afectados por la misma, podrán interponer su correspondiente demanda contenciosa administrativa dentro de los plazos reseñados computados a partir del momento en que haya tomado conocimiento de la actuación que pretenden cuestionar (art. 19°).

En cuanto al cauce procesal, el régimen legal vigente contempla dos tipos de modalidades del proceso contencioso administrativo: (i) el denominado incorrectamente “procedimiento” especial, que viene a ser propiamente el proceso específico (normal, regular) del proceso contencioso administrativo, y (ii) el denominado proceso urgente, referido únicamente a tres de las pretensiones anteriormente reseñadas y siempre que se cumplan determinados requisitos especiales.

civil Taller de Derecho. N° 3, Lima, pg. 30 y ss. También: Ramón Huapaya Tapia. “Algunos temas puntuales en relación a la regulación normativa del proceso contencioso – administrativa de „agravio” o de lesividad en la ley que regula el proceso contencioso administrativo del Perú”, publicado en: Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Ara Editores, Lima 2011, pg 463.

En materia de pruebas, si bien el texto inicial de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el Congreso, a contracorriente de las modernas tendencias doctrinales en la materia, restringió la actividad probatoria en el contencioso administrativo exclusivamente a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial³⁶, la reforma al texto del artículo 30° dispuesta en el año 2008 por el Decreto Legislativo N° 1067, morigeró parcialmente dicha restricción al establecer que no operaría cuando se produzcan hechos nuevos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso³⁷.

Sin embargo la tesis correcta en nuestra opinión, es la que sostiene que en el contencioso – administrativos los jueces deben “enjuiciar el litigio con plenitud de jurisdicción resolviendo las pretensiones de las partes a la vista de los hechos acreditados en el momento de dictar sentencias, hayan sido probados en el proceso o fuera de él”.

Las medidas cautelares son admitidas con amplitud en la ley del proceso contencioso – administrativo peruano, porque pueden solicitarse incluso antes de iniciado o dentro del proceso de conformidad con las normas del Código Procesal Civil (Artículo 38°). Se establece que son especialmente procedentes las medidas de innovar y de no innovar (Artículo 40°).

Respecto del régimen de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos en el Perú, en los últimos años se han dictado disposiciones legales para establecer requisitos y reglas que hacen mas difíciles y gravosas el acceso de los justiciables a dichas medidas cautelares en tres regímenes sectoriales: en las controversias en el ámbito de lo tributario cuando se cuestionen las decisiones que dicta en última

36 Calificó la referida restricción a la actividad probatoria como una quiebra sustancial a la complitud de la plena jurisdicción en el diseño del régimen legal del proceso contencioso: Juan José Diez “Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso administrativo del Perú”, publicado en: “Derecho Administrativo”. Libro de Ponencias del Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Jurista, Lima 2004, pg. 191.

37 Participa de la crítica a las restricciones que impuso el Congreso en el texto primigenio de la ley aprobada en lo referido al régimen de las pruebas: Eloy Espinosa- Saldaña en “Notas sobre el anteproyecto de ley del proceso contencioso administrativo hoy en debate en el Perú”, publicado en: Derecho Administrativo :innovación, cambio y eficacia. Libro de s del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima 2014, pgs 497 a 548, en el que da cuenta de las propuestas contenidas en un proyecto de ley elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia en el año 2013 para proponer reformas a la ley del proceso contencioso administrativo; también es crítico de las citadas restricciones al régimen de las pruebas: Luis Alberto Huamán Ordóñez. El proceso contencioso administrativo. Opus cit, pg. y Giovanni F. Priori Posada. Comentarios a la Ley del proceso Contencioso Administrativo, opus cit, pg 219.

instancia administrativa el Tribunal Fiscal o en general la Administración Tributaria³⁸; en las controversias respecto de los derechos administrativos que otorga el Ministerio que regula actividad de pesca en lo referido al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos³⁹ y para cuestionar las sanciones administrativas o el ejercicio de cualquiera de sus funciones por parte del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA⁴⁰. El común denominador de los requisitos que las normas específicas de los referidos regímenes exigen es que el interesado debe presentar una contracautela consistente en una garantía, ya sea real o una carta fianza de carácter bancario o financiero, por el importe del asunto o tema en discusión. No se acepta en ningún caso la caución juratoria como contracautela. En el caso de la actividad de pesca la única garantía que puede acreditar el solicitante es la carta fianza

En nuestra opinión las exigencias glosadas en los tres ámbitos descritos constituyen una limitación inconstitucional al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de acceso al otorgamiento de medidas cautelares, porque restringen a los justiciables acceder a la tutela cautelar imponiéndole por vía legal a los jueces la obligación de exigir requisitos y ceñirse a procedimientos que tienen como consecuencia que se reduzcan los medios que tienen a su disposición los justiciables para defenderse de los posibles abusos de la administración pública, debido a que la dilación del trámite del proceso judicial pueda convertir en irreparable la lesión en sus derechos⁴¹.

En lo que respecta al régimen de ejecución de las sentencias, la ley del proceso contencioso administrativo fortalece las potestades de los jueces para velar porque los funcionarios de la Administración Pública cumplan las sentencias recaídas en los procesos contencioso administrativos (arts.45° y 46°). En cuanto a la ejecución de sentencias que

38 Decreto Legislativo N° 1121° que reforma el artículo 159° del Código Tributario que regula las medidas cautelares judiciales en materia tributaria, modificado posteriormente en forma parcial por el art. 7° de la Ley N° 30230.

39 Ley N° 29639 de diciembre del 2010.

40 Ley N° 30011 de abril del 2013, que incorpora el artículo 20-A titulado "Ejecutoriedad de las resoluciones de OEFA", a la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

41 Critican duramente las exigencias establecidas para el otorgamiento de medidas cautelares en materia tributaria: Giovanni Priori Posada "El inconstitucional proceso contencioso administrativo tributario: la progresiva eliminación de las garantías procesales", en: Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry, PUCP, Lima 2014, pg 314 y ss; Samuel Abad Y. y Jorge Danós Ordóñez "La inconstitucional regulación de las medidas cautelares contra la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal", en: Revista del Instituto peruano de Derecho Tributario N° 56, Lima 2013, Tomo II, pgs 15 a 36.

condenen al Estado a pagar sumas de dinero es importante tener presente el artículo 47° de la ley del proceso contencioso administrativo que establece las reglas que regulan el cumplimiento o ejecución de las citadas sentencias por parte de la Administración Pública, mediante el establecimiento de topes presupuestales y de plazos para cumplirlas que deben ser interpretadas y cumplidas de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano⁴² (que entre otras reglas establece que el plazo razonable de ejecución no debería superar los 5 años⁴³) para que dichas normas sean aplicadas de manera compatible con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad, a la cosa juzgada e incluso el propio derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales reconocido también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano⁴⁴.

Lamentablemente en los últimos 10 o 15 años ha sido frecuente en el Perú el establecimiento, por medios legales diferentes a la ley reguladora del proceso contencioso administrativo, de graves restricciones a la posibilidad de ejecutar sentencias que establezcan obligaciones pecuniarias contra el Estado, no obstante las citadas sentencias del Tribunal Constitucional e incluso reiterados informes de la Defensoría del Pueblo sobre la materia que llaman la atención sobre la inconstitucionalidad de las repetidas veces que por medios legislativos se ha dotado al Estado de un régimen legal que le permita resistirse al cumplimiento de sentencias judiciales condenatorias de pago de sumas de dinero⁴⁵. Se

42 En especial con la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad tramitados con los expedientes N° 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI (acumulados), del 1° de febrero del 2004, verdadero leading case nacional en la materia

43 *"A juicio de este colegiado, establecer un plazo máximo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial resulta razonable y, por ende, constitucional. Pero no es razonable ni constitucional el incumplimiento de sentencias judiciales que, teniendo ya más de 5 años de dictadas, no hayan sido presupuestadas conforme a la legislación vigente al tiempo de ser expedidas dichas sentencias; en consecuencia corresponde investigar al Ministerio Público si los funcionarios públicos que incumplieron con presupuestar las deudas del Estado procedieron o no dolosamente"*, Sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad tramitados con los expedientes N° 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI (acumulados), FFJJ N° 55.

44 *"El derecho a la ejecución de las sentencias judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que por su propio carácter tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales (v. Gr. El derecho que un proceso dure un plazo razonable, etc.). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de una sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiera a ello, por el daño sufrido"*. Sentencia recaída en los expedientes N°s 015-AI, 016-AI y 004-AI/Tc (acumulados) FFJJ N° 11.

45 Sobre la materia: Victor Baca Oneto. "La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración. En especial, el caso del embargo de dinero público" publicado en Revista de Derecho Administrativo N° 2, Lima 2006, pg 167; José Antonio Tirado "Las reglas aplicables a la ejecución de sentencias contra entidades públicas en la ley del proceso contencioso administrativo", publicado

tiene entendido que felizmente en algunos casos los jueces invocando el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución⁴⁶ que les permite ejercer el control difuso de inconstitucionalidad han procedido a ejecutar directamente sus sentencias, inaplicando al caso concreto las normas que pretenden restringir sus poderes, por considerarlas contrarias a los derechos de los justiciables consagrados en la Constitución. La jurisprudencia constitucional peruana ha sido enfática en disponer que el Estado debe cumplir con las sentencias que le condenan al pago de sumas de dinero, estableciendo incluso por vía jurisprudencial reglas que el legislador, la administración pública y los propios jueces deben tener en cuenta en la regulación, cumplimiento y ejecución de las sentencias de condena.

El numeral 41.1 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece que el personal al servicio de la Administración Pública, cualquiera fuera el régimen de su vinculación con la misma, se encuentra sujeto a la obligación de cumplir la sentencia emitida en el proceso, actuando como parte sometida plenamente al control del Poder Judicial; en virtud de lo cual se indica que el mismo se encuentra prohibido de calificar el contenido de la sentencia o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, quedando obligados a realizar todos los actos necesarios para la completa ejecución de la resolución judicial.

3.2 Los Procesos Constitucionales

3.2.1 Marco Constitucional y Legal del Sistema de Jurisdicción Constitucional en el Perú

Sin lugar a dudas formular una descripción exhaustiva del régimen de los procesos constitucionales existentes en el Perú con toda seguridad rebasaría la extensión razonable de este trabajo, por dicha razón

en: Derecho Administrativo :innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima 2014, pgs 497 a 548; Samuel Abad "Cuando el Estado no cumple: el difícil camino para ejecutar una sentencia en los procesos contencioso administrativos", publicado en El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)", Grijley, Lima 2008, pgs 17 a 39; Francisco Eguiguren P. "La inejecución de las sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución", en IUS ET VERITAS, N° 18, Lima, pg 96.

46 Constitución, artículo 138°, segundo párrafo. - En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

centraremos esta parte en los aspectos que inciden en mayor medida en la efectividad del control de la actividad de la administración pública desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales.

La Constitución de 1993 establece en su artículo 200° los siguientes procesos constitucionales para la protección de los derechos constitucionales y la depuración del sistema jurídico:

1. El Habeas Corpus para la protección de la libertad personal y de los derechos conexos a este último;
2. El Habeas Data para la protección del derecho constitucional de acceso a la información que obra en poder de la administración pública y del derecho constitucional a la autodeterminación respecto de datos vinculados a la intimidad personal y familiar;
3. El Amparo para la protección de los demás derechos constitucionales no tutelados por el Habeas Corpus ni por el Habeas Data,
4. La denominada Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley;
5. La Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley;
6. La denominada Acción Popular que se interpone ante el Poder Judicial para el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y de todo dispositivo legal dictado por la Administración Pública subordinado a la ley; y
7. El conflicto de competencias y atribuciones que se tramita ante el Tribunal Constitucional para resolver las controversias constitucionales entre poderes y organismos constitucionales previstos por la Constitución.

De los 7 procesos constitucionales mencionados encontramos que los 4 primeros: el habeas corpus, el amparo, el habeas data y la denominada acción de cumplimiento pueden plantearse contra actos de autoridades públicas o de particulares que se estimen violatorios de derechos constitucionales, mientras que las tres restantes: la acción de inconstitucionalidad contra leyes y normas que participen de ese rango, la acción popular contra reglamentos y el conflicto de competencias y

atribuciones constitucionales, tienen por objeto el control de la conformidad constitucional o legal de las normas jurídicas de carácter general y la solución de controversias constitucionales competenciales.

Los procesos que sirven para la tutela de los derechos constitucionales pueden ser formulados por cualquier persona que se considere afectada en sus derechos por actuaciones u omisiones de entidades administrativas, funcionarios públicos o incluso por particulares. Señala el artículo 1º del Código Procesal Constitucional⁴⁷ que regula los mencionados procesos que su finalidad es “proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o un acto administrativo”.

En lo que respecta a las reglas de competencia, tratándose de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao el respectivo proceso de inición ante los denominados jueces especializados en derecho público, en los demás distritos judiciales como está organizado el Poder Judicial en el Perú son competentes para conocer los procesos de habeas corpus los jueces especializados en la materia penal, mientras que respecto de los demás procesos constitucionales (amparo, habeas data y acción de cumplimiento) la competencia corresponde a los jueces civiles o de carácter mixto. En segunda instancia en Lima y Callao es competente para conocer en vía de apelación la sala superior de derecho público, mientras que en los distritos judiciales de provincias la competencia corresponde a las respectivas salas especializadas en lo civil. En caso que el fallo de segunda instancia resulte favorable al demandante el proceso concluye y no cabe formular otro recurso para impugnar la sentencia. Conforme a la Constitución de 1993 sólo en caso que el Poder Judicial resuelva desfavorablemente las demandas de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento cabe que el demandante formule recurso de agravio constitucional para que su pretensión sea resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional quien falla sobre el fondo del asunto. Como se puede apreciar la Corte Suprema no conoce del trámite de los procesos constitucionales citados, salvo los casos que se adopten decisiones jurisdiccionales que en aplicación del control difuso

47 Aprobado mediante Ley N° 28237 vigente a partir del 1º de diciembre del 2004, elaborado en base a un proyecto preparado por un grupo de trabajo conformado por seis profesores de Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo y penal en el que tuvimos el honor de participar. AAVV. “Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico. Lima. Palestra Editores, 2004.

de las normas legales, caso en cual se somete a consulta de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia si tales decisiones no hubieran sido impugnadas. Otro aspecto importante a destacar es que al Tribunal Constitucional peruano sólo pueden acceder los demandantes de los procesos constitucionales que no han encontrado acogida a sus pretensiones de tutela constitucional ante el Poder Judicial y nunca los demandados como sería el caso de las entidades administrativas y los funcionarios o servidores públicos.

Como se ha señalado anteriormente, los procesos constitucionales que estamos comentando tutelan diferentes derechos constitucionales. El habeas corpus conforme a su origen histórico sirve exclusivamente para la protección de la libertad personal o de los derechos conexos a ella, los que por regla general sólo pueden ser restringidos por mandato judicial y no por actuaciones administrativas.

En cambio el habeas data protege sólo dos derechos constitucionales los cuales tienen incidencia en el ámbito administrativo. Es el caso del derecho reconocido por el numeral 5) del artículo 2º de la Constitución que tiene toda persona “a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido”, exceptuándose sólo las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional, además de la información comprendida en el secreto bancario y la reserva tributaria. Por tanto, cualquier persona que considere no atendida por la administración pública su solicitud de acceso a la información que obra en su poder, está constitucionalmente facultado para formular demanda de habeas data a fin de que los jueces ordenen a los funcionarios administrativos obrar conforme al principio de transparencia. Así ha sucedido en casos que adquirieron publicidad iniciados por organizaciones dedicadas a la protección del medio ambiente que exigieron y obtuvieron sentencias favorables que ordenaba a los ministros del sector competente entregar los estudios de impacto ambientales y otros documentos relevantes para la protección del medio ambiente. El segundo derecho susceptible de ser tutelado por el habeas data es el denominado por la doctrina constitucional “derecho a la autodeterminación informativa” o a la “libertad informática” que para garantizar la intimidad personal y familiar permite que toda persona tenga la potestad de conocer y acceder a las informaciones que le conciernen archivadas en bancos de

datos públicos o privados, exigir la corrección o cancelación de datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión.

El proceso de cumplimiento⁴⁸ otorga a los particulares la garantía jurisdiccional de poder reaccionar contra la abstención administrativa ya sea que ésta se manifieste en inactividad formal, es decir, por la omisión en la producción de un acto administrativo individual o de una disposición reglamentaria de carácter general, o por la inactividad material, consistente en la simple inejecución de un acto debido. En un anterior trabajo⁴⁹ he sostenido que la denominada “acción de cumplimiento” no configura propiamente un proceso constitucional porque no está destinada a tutelar ningún derecho constitucional en especial. En el citado trabajo opiné que “se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la administración, que en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado como una modalidad especial de la acción contenciosa - administrativa”⁵⁰. Es importante resaltar que la incorporación de la acción de cumplimiento en la Constitución tiene por efecto otorgar protección, a través de un mecanismo expeditivo y que puede llegar en última instancia al Tribunal Constitucional, a una serie de derechos de origen legal que de ordinario no encontrarían tutela a través de un proceso constitucional que sólo tutela derechos fundamentales. A diferencia del proceso de amparo que procede incluso contra conductas omisivas de autoridades o funcionarios pero siempre que vulneren exclusivamente derechos constitucionales, la acción de cumplimiento otorga cobertura a derechos de origen legal concediendo a los particulares la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial que obligue a los órganos de la administración pública hacerlos efectivos.

El proceso de amparo⁵¹ tutela todos los demás derechos constitucionales no protegidos por el habeas corpus ni por el habeas data. Como

48 Constitución, artículo 200°.- *Son garantías constitucionales:6) La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, son perjuicio de las responsabilidades de ley.*

49 „El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993“. Publicado en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 3, Comisión Andina de Juristas, Lima 1994. Pág. 206.

50 Como en efecto posteriormente ha sido contemplado por la vigente Ley N° 27584 reguladora del proceso contencioso administrativo que entre las actuaciones impugnables señaladas por el numeral 2) de su artículo 4° considera a “..la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública”.

51 Sobre el tema: Samuel Abad Y. *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica editores. Lima 2004.

se puede apreciar, su ámbito de protección es considerablemente mayor que los demás procesos constitucionales. Por esa razón es que la jurisprudencia publicada en el Diario Oficial permite comprobar que es el proceso constitucional más utilizado por quienes se consideran vulnerados en sus derechos fundamentales.

3.2.2 Régimen Legal del Proceso Constitucional de Amparo

Al igual que para los demás procesos constitucionales comentados, el Código Procesal Constitucional establece un trámite de carácter sumario para el proceso de amparo aunque la realidad en muchos casos lo desmiente. La jurisprudencia unánimemente ha entendido que se trata de un proceso de carácter urgente o subsidiario a los procesos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico como es el caso del contencioso - administrativo, por tanto; no debe operar como una “sanalotodo”, que reemplace a otros procesos que permiten obtener un nivel similar de satisfacción a las pretensiones de quienes se sientan afectados en sus derechos constitucionales. Un criterio frecuentemente utilizado por los jueces para determinar la procedencia de una demanda de amparo es evaluar la necesidad o no de actuaciones probatorias complejas, porque de ser ese el caso resuelven declarando improcedente la demanda por no constituir el amparo la vía idónea para actuar pruebas con la amplitud requerida normalmente. El artículo 5º del Código Procesal Constitucional señala de manera expresa que los jueces deben declarar la improcedencia de las demandas cuando comprueben que *“existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus”*⁵².

Conforme al Código Procesal Constitucional los presupuestos procesales del amparo son también exigibles para la procedencia del habeas data y del proceso de cumplimiento.

Para la procedencia del proceso de amparo es indispensable que los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos a derechos que

52 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano dictada desde la vigencia del Código Procesal Constitucional ha establecido los criterios para que los procesos constitucionales como es el caso del amparo y del proceso de cumplimiento constituyan únicamente una vía subsidiaria a los procesos ordinarios para el cuestionamiento de las actuaciones administrativas como es el caso del proceso contencioso administrativo.

tengan sustento constitucional directo o a los aspectos constitucionalmente protegidos del derecho invocado.

Cabe recordar que, como sucede con todo proceso constitucional, el amparo procede no sólo contra actuaciones violatorias directamente de derechos constitucionales, sino también cuando se amenacen a los citados derechos ya sea por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorios, en estos casos cuando en la demanda se invoque la protección contra amenazas de violación de derechos deberá fundamentarse porque se considera que la amenaza respecto de la cual se solicita protección tiene carácter cierta y de inminente realización.

En cuanto a la legitimación para interponer la demanda le corresponde interponerla al afectado quien puede comparecer por medio de representante procesal. En cambio, cuando se trate de la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona, así como por las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. Asimismo la Defensoría del Pueblo esta facultada para interponer las demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Se contempla un plazo de 60 días a contar desde la fecha en que se produce la presunta afectación del derecho constitucional alegado, plazo que computado en días hábiles equivale prácticamente a tres meses. Se trata de un plazo semejante al que establece la ley del proceso contencioso - administrativo. Las normas reguladoras del proceso de amparo establecen que en caso los actos que constituyen la afectación tengan carácter continuado, el plazo para interponer la demanda se computa desde la fecha en que se realizó por última vez la agresión.

Conforme hemos comentado anteriormente en el ordenamiento administrativo peruano proviene de la propia Constitución la regla que exige el preceptivo agotamiento de la vía previa administrativa como requisito para que los particulares puedan iniciar procesos contenciosos - administrativos. Sin embargo, dicho requisito ha sido flexibilizado en el régimen legal de los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales, porque se contemplan importantes excepciones a dicha exigencia en atención a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano⁵³.

53 Código Procesal Constitucional, Art. 45°.- Agotamiento de las vías previas.- El amparo Sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de

Por tanto, en nuestra experiencia jurisprudencial es muy frecuente que los particulares puedan presentar demandas de amparo invocando que le sea de aplicación alguna de las causales de exoneración del agotamiento de la vía administrativa expresamente previstas por la ley, lo que facilita su acceso directo a la justicia, a diferencia de lo que sucede con el contencioso administrativo para cuya procedencia es indispensable acreditar el cumplimiento del mencionado requisito.

Respecto de las medidas cautelares a favor del demandante el Código Procesal Constitucional ha establecido su plena operatividad de las citadas medidas en los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales: (i) Para su expedición el juez debe apreciar la existencia de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión, no se exige contracautela; (ii) el juez no requiere correr traslado de la solicitud a la parte demandada lo que en la práctica precedente dilatava el trámite; (iii) la apelación de la medida cautelar otorgada no suspende la ejecución o el deber de cumplimiento inmediato de la medida⁵⁴, de esta manera se corrige otro de los graves defectos de la regulación anterior y (iv) se establece que el juez al conceder la medida cautelar debe atender al límite de irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

El Código Procesal Constitucional establece que no existe etapa de pruebas en los procesos constitucionales como el amparo⁵⁵, lo que no impide la presentación de pruebas de carácter instrumental o la realización de las diligencias que el juez de la causa considere necesarias sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias. La reducida actividad pro-

la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. artículo 46°.- Excepciones al agotamiento de las vías previas.- No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el afectado, o; 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución“.

54 Salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas (es decir en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes en un caso concreto), en cuyo caso la apelación se otorga con efecto suspensivo, conforme a la reforma dispuesta por la Ley N° 28946 del 2006.

55 Art. 9°.,. *Ausencia de etapa probatoria*

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

batoria se explica en razón del carácter extraordinario del proceso de amparo que la jurisprudencia ha establecido que sólo debe proceder en caso no existan otras vías procesales igualmente idóneas para que los particulares puedan tutelar sus derechos.

Las sentencias recaídas en los procesos de amparo participan del mismo carácter de las denominadas por un sector de la doctrina administrativa como “sentencias de plena jurisdicción” porque los jueces están facultados para reconocer una situación jurídica individualizada y disponer la adopción de medidas para el pleno restablecimiento de dicha situación, de modo que pueden imponerle a la administración vencida la realización de todo tipo de prestaciones, cuando sea necesario para restablecer el actor en el goce de sus derechos constitucionales vulnerados. Como se ha comentado anteriormente el carácter pleno de la tutela susceptible de ser alcanzada por los justiciables vía los procesos constitucionales, en mi opinión, abona a favor de la obligatoria caracterización del proceso contencioso - administrativo en el Perú como uno que no puede tener un rol inferior al del proceso del amparo. La diferencia principal entre ambos procesos reside en el ámbito de protección comprendido en su radio de acción, porque mientras que vía el amparo se tutelan exclusivamente derechos de rango constitucional, no protegidos por los demás procesos constitucionales, en el contencioso administrativo encuentran acogida pretensiones de tutela de derechos o intereses creados por normas legales.

El Código Procesal Constitucional establece que las sentencias recaídas en los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales tendrán carácter de jurisprudencia vinculante cuando de ellas se pueda desprender principios de interés general, lo que no impide que en nuevos casos los jueces puedan apartarse de dicho precedente siempre que sustenten debidamente la nueva resolución.

Otra diferencia importante con el proceso contencioso - administrativo reside en que las normas sobre los procesos constitucionales disponen la obligatoria publicación de la jurisprudencia en el Diario Oficial El Peruano lo que permite a los distintos operadores del derecho (otros magistrados, académicos, abogados, etc.) conocer el tenor de los fallos a fin de enterarse de los razonamientos seguidos por los jueces y las posibles tendencias jurisprudenciales sobre determinadas materias.

Como colofón a esta parte del trabajo que hemos dedicado a analizar los procesos constitucionales (en especial al proceso de amparo)

destinados a tutelar derechos fundamentales en los aspectos que guardan conexión con el proceso contencioso administrativo, a fin de obtener una visión más ajustada del rol y de los alcances de este último proceso, es necesario recordar que en el diseño del modelo de justicia constitucional consagrado por la Constitución peruana de 1993 existe un proceso constitucional denominado acción popular que tiene por objetivo específico el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y toda otra norma de carácter general subordinada a la ley, que se tramita ante el Poder Judicial y que la sentencia que se expide en dicho proceso tiene efectos generales⁵⁶. Pongo énfasis en esta materia porque en el derecho comparado normalmente la competencia para controlar la legalidad de los reglamentos es parte del ámbito característico del proceso contencioso - administrativo, lo que no sucede en el Perú que confiere dicha atribución a un proceso constitucional específico como es la acción popular.

3.2.3 La Exclusividad del Proceso Contencioso Administrativo y la Subsidiariedad del Proceso Constitucional de Amparo

Conforme se ha venido señalando en este trabajo, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en diciembre del año 2004 la regla que rige la procedencia entre ambos tipos de proceso es que el contencioso administrativo es el proceso ordinario por excelencia al que pueden acudir los afectados para petitionar la tutela judicial de sus derechos o intereses contra cualquier actuación de las entidades de la administración pública que los afecte vulnerando el ordenamiento jurídico⁵⁷. En dicho contexto el proceso de amparo tiene un carácter marcadamente residual porque se trata de una vía de urgencia que debería constituirse como un proceso expeditivo y dinámico exclusivamente destinada para la protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, que sólo se puede utilizar cuando no existan otras vías

56 Dicho proceso lo he analizado en: „La garantía constitucional de la acción popular“. Publicado en Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 4. Comisión Andina de Juristas. Lima 1990. Pág. 153 y ss. También: Juan Carlos Morón “Evolución de la acción popular: El modelo peruano de control sobre reglamentos” en: Pensamiento Constitucional N° 19, Lima, 2014, pg 355 y ss.

57 Sobre el tema: Eloy Espinosa- Saldaña “Proceso contencioso administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas”. Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 11, Lima 2012., pg 14 y ss.

procedimentales específicas, pero igualmente satisfactorias para la protección eficaz de los derechos fundamentales de los afectados⁵⁸.

3.3 Los Procesos Arbitrales en las Contrataciones con el Estado

El recurso al proceso arbitral como mecanismo establecido por el legislador peruano para resolver las controversias del Estado en sus relaciones contractuales con privados en materia de compras públicas (adquisición de bienes, prestación de servicios y contratación de obras), fue introducido por primera vez en la Ley N° 26850 denominada “Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado” de 1997, que ha servido de base para todas las normas posteriores que han modificado o vuelto a regular desde entonces el régimen de compras públicas en el Perú, como es el caso de la vigente ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE)⁵⁹.

La introducción del arbitraje en el régimen de compras públicas estuvo fundada en 4 razones: (i) promover la celeridad en la solución de las controversias; (ii) asegurar que la resolución este a cargo de profesionales especialistas en la materia; (iii) que los procesos arbitrales son mas simples y expeditivos que los judiciales y (iv) las reglas de tramite de los procesos arbitrales son mas flexibles y menos engorrosas y formalistas que las judiciales.

De las razones reseñadas por nuestra parte no tenemos duda que la principal que justificó que el propio Estado adoptara el arbitraje como el mecanismo por excelencia para resolver sus controversias con los

58 Consideramos ilustrativo glosar la resolución del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente N° 04650-2011-PA/TC de 20 de enero del 2012 que reseña la posición del citado alto Tribunal sobre las relaciones entre procesos contencioso administrativo y de amparo: “5. Que el Tribunal Constitucional ha determinado qué significa que el amparo sea considerado como proceso subsidiario y excepcional. El proceso de amparo sólo atiende requerimientos de urgencia (STC 4196-2004-AA/TC) y cuando las vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho (STC 2006-2005-PA/TC). En consecuencia, si el demandante dispone de un proceso cuya finalidad también es la protección del derecho constitucional presuntamente lesionado, siendo igualmente idóneo para tal fin, entonces debe acudir a dicho proceso.

De otro lado, también es válido recordar que dicha causal de improcedencia será aplicada siempre y cuando existan otros procesos judiciales que en la práctica sean rápidos, sencillos y eficaces para la defensa de los derechos que protege el proceso de amparo. En caso contrario, es obvio que el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolver la controversia planteada. Por ello, en la STC 1387-2009-PA/TC, se señala que “[...] La urgencia de tutela tiene que ser valorada por el juez en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada o amenazada con la acción u omisión”. De las sentencias precitadas, es claro que en el presente caso debe determinarse si el otro proceso (el ordinario) no cumple con la característica de urgencia, que define al proceso de amparo y que debe estar plenamente evidenciado en el caso concreto; y es el demandante quien tiene la carga de la prueba para justificarlo”.

59 Ley N° 30225 que fuera reformada por el Decreto Legislativo N° 1341, reglamentada mediante Decreto Supremo 350-2015-EF modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

contratistas privados fue la mayor celeridad de los procesos arbitrales en comparación con los procesos judiciales, con el objeto de reducir sustancialmente los problemas que se generarían de que importantes sectores de la población sean afectados porque el Estado no podría contar oportunamente con los bienes, servicios y obras indispensables para poder atender las necesidades de la colectividad, las que podrían verse paralizadas durante un dilatado litigio judicial. Hoy día en el Perú un proceso contencioso administrativo en promedio puede demorarse en su tramitación de 5 a más años, o en el mejor de los casos más de 3 años, en cambio un proceso arbitral en materia de compras estatales puede demorar máximo un año y medio y en promedio un año. Para el legislador de 1997 que el marco legal de compras públicas estableciese el arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias con los contratistas ofrecía a los agentes económicos privados: (i) la reducción de importantes costos de transacción, porque se suprime a los proveedores el riesgo de tener que litigar ante el Poder Judicial lo que encarecería los precios ofrecidos al Estado; y (ii) mayores garantías de imparcialidad, porque en el caso de que el arbitraje este a cargo de un tribunal cada una de las partes puede designar a uno de los árbitros y los escogidos a su vez elegir al presidente.

Pero probablemente otro de los aspectos jurídicos que ha influido decisivamente en la determinación del Estado peruano de que todos los conflictos derivados de sus relaciones contractuales, en materia de concesiones y asociaciones público – privadas, como en el régimen de compras públicas, deben obligatoriamente resolverse en la vía arbitral, es el marco constitucional claramente favorecedor de dicho mecanismo. Son tres los preceptos de la Constitución Política que otorgan cobertura constitucional al arbitraje en contrataciones públicas en el Perú, los que transcribimos a continuación (los énfasis son nuestros):

Artículo 62°.-

(...)

Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley (...).

Artículo 63°.-

(...)

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales

constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.

Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

Como se puede apreciar el artículo 62° de la Constitución transcrito equipara a la vía arbitral al mismo nivel que la judicial como un medio con aptitud para resolver las controversias que se generen entre los participantes de un contrato. El artículo 63° también constitucional faculta en forma expresa al Estado y por ende a todas las entidades de derecho público en general a someter las controversias derivadas de sus relaciones contractuales a arbitraje nacional o internacional y el numeral 1) del artículo 139° Constitucional le otorga carácter jurisdiccional a la vía arbitral, que en consecuencia adquiere la calidad de jurisdicción especial⁶⁰.

El Estado peruano se ha servido de dicha cobertura constitucional favorable al arbitraje para desde el año 1997 disponer legislativamente que el único cauce para que se resuelvan las controversias respecto de los contratos de compras públicas sea obligatoriamente el arbitraje, de modo que todo postor que tiene interés en contratar con el Estado y postula presentado sus propuestas en un procedimiento administrativo de selección de contratistas tiene previo conocimiento que toda controversia que se produzca durante la relación contractual que pueda entablar con el Estado en caso de obtener la buena pro, sólo podrá resolverse mediante un proceso arbitral que en el ordenamiento jurídico peruano por mandato constitucional tiene carácter jurisdiccional.

En la misma medida la norma legal que regula con carácter general los procesos arbitrales en el Perú, nos referimos al Decreto Legislativo N° 1071, denominado Ley General de Arbitraje (en adelante: LGA) enuncia en su artículo 4° que las entidades administrativas pueden someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos y convenios que celebre.

60 El Tribunal Constitucional peruano ha tenido ocasión de referirse a la constitucionalización del arbitraje en su jurisprudencia recaída en el expediente N° 06167-2005-HC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry) .

3.3.1 Carácter Obligatorio

El régimen legal de las compras públicas en el Perú determina que toda controversia surgida desde la firma del respectivo contrato con la administración pública referida a la ejecución, interpretación, resolución inexistencia, ineficacia, nulidad e invalidez del contrato, deberá obligatoriamente resolverse mediante arbitraje, luego de haberse descartado la conciliación en caso haberse pactado esta última.

3.3.2 Materias Arbitrables y No Arbitrables

La regla general es que el arbitraje es el medio para solucionar las controversias que se originan a partir de la suscripción del contrato y durante toda la etapa de ejecución contractual. A continuación sintetizamos los temas mas comunes o que con mayor frecuencia son materia de proceso arbitrales en la contratación estatal:

- Aspectos vinculados a la ejecución de las prestaciones contractuales.
- Aspectos vinculados a la interpretación, resolución, nulidad e invalidez del contrato.
- Ampliaciones del plazo contractual y en caso de obras el pago de mayores gastos generales.
- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados
- Conformidad de la recepción de las prestaciones en el caso de bienes y servicios.
- Liquidación del contrato de ejecución o consultoría de obras.
- La legalidad de las penalidades aplicadas.
- Procedencia de la ejecución de las garantías.
- Procedencia de indemnizaciones por daños y perjuicios
- Aspectos vinculados al pago y los intereses por la mora en el pago.
- Posibles defectos o vicios ocultos.

Se excluye expresamente la posibilidad de que se discuta mediante un proceso arbitral la decisión de la entidad contratante o de la Contraloría General de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales a las pactadas en el respectivo contrato, así como las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones

o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de las citadas prestaciones adicionales, razón por la que las controversias sobre dichas decisiones podrían ser materia de impugnación en sede administrativa y eventualmente mediante el correspondiente proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial, pero no en vía arbitral.

3.3.3 Plazos para Iniciar el Arbitraje

La regla general es que el arbitraje solo puede iniciarse desde que el respectivo contrato entra en vigencia hasta en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, que en el caso de la adquisición de bienes y servicios se produce luego de que el funcionario competente otorgue conformidad de la recepción de las prestaciones a cargo del contratista y se efectúe el correspondiente pago al contratista y en el caso de los contratos de ejecución y de consultoría de obras la culminación definitiva del contrato se produce luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda.

La única excepción a la regla de que el arbitraje debe iniciarse antes de que culmine el contrato se produce cuando se imputa al contratista responsabilidad por vicios ocultos en los bienes y servicios y obras con posterioridad a la fecha en que la entidad contratante otorgó su conformidad, razón por la cual el plazo para solicitar el arbitraje se computa recién desde ese momento.

El reglamento de la LCE establece plazos de caducidad específicos para iniciar el arbitraje respecto de ciertas controversias que se pueden producir durante el desarrollo de la relación contractual en los que el plazo promedio es de quince (15) días hábiles desde que se producen los hechos que pueden ser materia de discusión arbitral.

3.3.4 Modalidad o Tipo de Arbitraje

El marco legal del ordenamiento que hemos dado en llamar de compras públicas en el Perú establece que el arbitraje puede estar a cargo de un árbitro unipersonal o de un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, lo que en la práctica depende de la cuantía involucrada. En caso de que la respectiva cláusula arbitral no contenga indicación al respecto, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único. Se exige que el árbitro único o el Presidente del respectivo Tribunal Arbitral que se

nombre tengan que ser abogados y contar con especialización acreditada en Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.

El arbitraje obligatoriamente es de derecho, por tanto no es posible que en la contratación pública se realice un arbitraje de equidad o de conciencia.

En tal sentido se establece expresamente un orden de prelación normativa conforme al cual los árbitros al resolver deberán aplicar el Régimen de la LCE y su Reglamento, así como las normas de derecho público y supletoriamente las de derecho privado, pero manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho sustantivo al momento de resolver.

El arbitraje institucional debe estar a cargo de una institución arbitral a la que se le encomienda la organización y administración del proceso arbitral⁶¹. Recientes modificaciones han establecido que solo será posible pactar el arbitraje ad hoc tratándose de contratos de bienes, servicios y consultoría en general cuyos montos contractuales sean menores o iguales a un importe equivalente a 25,000 dólares, porque la experiencia ha demostrado que se prefería dicho tipo de arbitrajes en un importante porcentaje de los casos pero que no ofrecían las mismas garantías de transparencia, independencia e imparcialidad que un arbitraje institucional.

3.3.5 Principales Aspectos Procesales

Dependiendo de que se haya pactado en el respectivo convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional o uno ad hoc, la solicitud que plantee la parte interesada dando inicio al proceso arbitral debe dirigirla en el primer caso ante la correspondiente institución arbitral escogida, mientras que tratándose de los arbitrajes ad hoc, que operan bajo esa modalidad ya sea porque se pacto en el contrato o simplemente porque no se pactó que el arbitraje fuera institucional, la solicitud que da inicio al arbitraje se dirige a la otra parte por escrito, incluyendo la designación del árbitro cuando corresponda, además de un resumen

61 Las instituciones arbitrales de mayor prestigio en el Perú son: El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, Consejo Departamental de Lima y es obligado referirse al Sistema Nacional de Arbitraje de OSCE.

informativo de la controversia a ser sometida a arbitraje y su cuantía, de manera referencial y con fines únicamente informativos.

La instalación del árbitro unipersonal o, en su caso del tribunal arbitral, trae como consecuencia de que en caso se haya imputado al contratista la posible comisión de alguna de las infracciones administrativas tipificadas en el Régimen de la LCE se deba suspender la tramitación del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la sala competente para ejercer la potestad sancionadora del Tribunal administrativo de OSCE⁶², a efectos de garantizar la vigencia de los derechos al debido procedimiento y al de defensa, lo que permite que previamente se dilucide a través del proceso arbitral la legalidad o conformidad al contrato de la conducta del contratista y que la decisión adoptada mediante el correspondiente laudo por el tribunal arbitral tenga que ser considerada por la sala del Tribunal de OSCE para determinar la responsabilidad o no del supuesto infractor.

La facultad para dictar medidas cautelares esta regulada por Decreto Legislativo N° 1071, denominado Ley General de Arbitraje⁶³. Si una parte se encuentra interesada en obtener una medida cautelar pero todavía no se instala el árbitro único o tribunal arbitral la solicitud se debe plantear ante un juez para que la evalúe y resuelva, cuya decisión puede ser objeto de impugnación mediante un recurso de apelación para que lo resuelva el grado superior del propio Poder Judicial, pero en la hipótesis que se haya iniciado el proceso arbitral deberá reconducirse el recurso de modo que se tramite como recurso de reconsideración para que lo resuelva el árbitro unipersonal o tribunal arbitral recién instalado. Las medidas cautelares solo pueden ser solicitadas por las partes del proceso, no rige el principio de congruencia, pero si el de adecuación, el o los árbitros pueden dictar una medida cautelar distinta a la solicitada en tanto se cumpla con el propósito de asegurar la eficacia de la decisión arbitral y cause menos perjuicio a la parte que la soportará. Para dictar una medida cautelar se requiere oír a la otra parte, salvo que se demuestre que ello volvería ineficaz la medida y contra la resolución de los árbitros que responden a la solicitud de otorgamiento de la

62 Es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE que entre sus diversas funciones tiene a su cargo velar y promover el cumplimiento de dicho marco legal; supervisar y fiscalizar en forma selectiva y aleatoria los procesos de contratación, administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP); operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del estado (SEACE) e imponer sanciones a los proveedores inscritos en el RNP que contravengan el citado marco legal.

63 Arts. 47° y 48°.

medida cautelar sólo cabe recurso de reconsideración que ellos deben resolver. En cuanto a la ejecución de la medida cautelar otorgada en principio debería corresponder a los propios árbitros que la conceden, salvo que la ejecución implique el uso de la fuerza pública, caso en el cual la ejecución de la medida cautelar dictada por los árbitros solo podría corresponder al Poder Judicial.

3.3.6 Régimen de los Árbitros

Si las partes pactan en el respectivo contrato someter al arbitraje a la administración de una institución arbitral se deberán seguir las reglas de designación de árbitros de dicho centro de arbitraje.

Como se ha señalado anteriormente, la regla es que corresponde a las partes pactar si el arbitraje debe ser resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros.

Cuando las partes no hayan pactado la forma de designación del árbitro único o los árbitros, corresponderá a OSCE designar el árbitro único si es que no se hubiera llegado a un acuerdo entre las partes. Asimismo se dispone que en el caso corresponda la conformación de un tribunal arbitral, OSCE será competente para designar el árbitro que la parte renuente no haya querido designar a pesar del requerimiento de la parte que solicita el inicio del arbitraje; o, que en el caso que los dos (2) árbitros efectivamente designados por cada una de las partes (contratista y entidad pública contratante) no hayan podido ponerse de acuerdo para designar al tercer árbitro dentro de los plazos legales, corresponderá también a OSCE designarlo.

Se exige que los árbitros sean y permanezcan durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales respecto de las partes, lo cual constituye una condición indispensable para garantizar su objetividad, esa es la razón por la cual se les prohíbe tener cualquier tipo de relación personal, profesional o comercial con las partes. En caso contrario los árbitros pueden ser objeto de recusación la que se resolverá conforme a las reglas del correspondiente centro arbitral en caso de haberse pactado encargarsele la administración del arbitraje, o por OSCE en los casos de arbitrajes ad hoc y en los administrados por dicha entidad quien resolverá sobre la recusación y a designar al árbitro sustituto en caso de declararla fundada.

Los árbitros están sometidos a las reglas y deberes que establece el Código de Ética que aprueba OSCE⁶⁴ y el reglamento de la LCE, creándose un Consejo de Ética facultado para imponer sanciones de amonestación, suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro, en caso de cometer las infracciones que transgredan los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y buena conducta procedimental⁶⁵.

3.3.7 Laudo

El laudo tiene carácter definitivo, inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, tiene valor de cosa juzgada y conforme a la Ley de Arbitraje⁶⁶ si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo en la forma y plazos establecidos, la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, ejecutándose como una sentencia.

Uno de los aspectos que distingue el arbitraje en materia de contrataciones con el Estado es que los árbitros están obligados a remitir el laudo a OSCE, dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado a las partes, para su registro y publicación en el SEACE, en la página web institucional de OSCE⁶⁷, lo cual garantiza la publicidad de los mismos y acceso a cualquier persona que este interesado en analizarlos, lo cual es coherente con el principio constitucional de publicidad que debe regir toda actuación de la administración pública y lo diferencia con el arbitraje que se realiza entre privados en el cual por el contrario la regla es la confidencialidad.

Precisamente la Contraloría General de la República ha tomado en cuenta los laudos arbitrales que figuran en el referido SEACE emitidos durante el período 2003-2013 para realizar un interesante estudio de

64 Código de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado aprobado mediante Resolución N° 028-2016 - osce/PRE.

65 La LCE dispone que el referido Código de Ética de OSCE será también aplicable “de manera supletoria” a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniendo no tipifique la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable. Asimismo crea un Consejo de Ética que se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas pero integrado por funcionarios designados por tres Ministerios del Poder Ejecutivo, lo que para algunos no garantiza su objetividad o imparcialidad, además de significar un excesivo reglamentarismo del arbitraje con el Estado.

66 La tipificación de las infracciones éticas que pueden cometer los árbitros sancionables por el Consejo de Ética ora en el artículo 216° del Reglamento según texto modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

67 Los laudos pueden revisarse en: <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/arbitraje1.asp>

sus resultados y tendencias con el objeto de formular recomendaciones que puedan servir para que las entidades administrativas mejoren su desempeño durante los procesos de contratación y en el patrocinio de sus intereses en los procesos arbitrales⁶⁸. Sin embargo en el citado Informe la Contraloría General deja constancia que los 2,796 laudos arbitrales del citado período 2003-2013 registrados en el portal web de OSCE no constituye el universo de todos los laudos arbitrales emitidos en el ámbito de la contratación pública de compras en el Perú, porque el registro de laudos arbitrales en el portal web de OSCE sólo ha sido obligatorio a partir del año 2008.

A diferencia de lo que sucede en otros países que también han acogido, aunque con matices, la posibilidad de que en determinados ámbitos de la contratación estatal las controversias entre las partes se puedan resolver en vía arbitral y que permiten el control judicial amplio de los laudos arbitrales, en el Perú la única vía de impugnación del laudo es el denominado recurso de anulación ante el Poder Judicial pero que sólo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos, es decir no está destinado para revisar el fondo de lo resuelto por los árbitros⁶⁹.

Se establece la obligación de que las sentencias del Poder Judicial que resuelvan de manera definitiva el recurso de apelación contra laudos también sean remitidas a OSCE, para su registro y publicación en la página web institucional de dicha entidad⁷⁰.

Un aspecto polémico durante algún tiempo en el Perú fue la posibilidad de impugnar los laudos arbitrales mediante los procesos constitucionales, en especial el amparo, cuando alguna de las partes alegaba la afectación de algún derecho constitucional, porque podía producirse el peligro que por esa vía se abriera la posibilidad de que los jueces o el Tribunal Constitucional ingresaran a revisar el contenido de los laudos arbitrales y en consecuencia se postergase vía procesos constitucionales la definición de una controversia ya resuelta en vía arbitral.

68 "El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013". Contraloría general de la República. Lima 2015, <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

69 Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, art. 62°. - Recurso de anulación. 1.- Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°. 2.- El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Esta prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

70 Puede revisarse la relación y el texto de las citadas sentencias en: http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/sentencias_judiciales/sentencias.asp

La referida polémica ha sido zanjada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional peruano⁷¹ que ha establecido con carácter de precedente vinculante las siguientes reglas para la procedencia del amparo contra laudos:

- El amparo “arbitral” debe ser considerado un mecanismo excepcional, razón por la cual no procederá su uso para pretensiones referidas a la protección de derechos constitucionales vinculados al debido proceso o tutela procesal efectiva, la existencia de convenio arbitral o la arbitrabilidad de las cuestiones sometidas por las partes al arbitraje, toda vez que dichas cuestiones deben controvertirse mediante el recurso de anulación ante el Poder Judicial al que ya hicimos referencia.
- El referido amparo “arbitral” sólo procede en tres situaciones específicas: a) Cuando el sentido del laudo arbitral vulnere precedentes vinculantes expedidos por el propio Tribunal Constitucional; b) Cuando los árbitros hayan ejercido control difuso de constitucionalidad y por ende en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales inaplicado por considerarla inconstitucional en el caso concreto sometido a su conocimiento una norma legal que había sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y c) Cuando un tercero ajeno al proceso arbitral interponga el amparo sustentado en la afectación de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho proceso arbitral.
- La procedencia del amparo en los supuestos a) y b) a que se refiere el párrafo anterior esta supeditada a que los interesados primero hayan planteado sus cuestionamientos ante los propios árbitros y que estos hayan tenido oportunidad para pronunciarse en primer lugar sobre dichos cuestionamientos.
- La sentencia recaída en un proceso de amparo que declare fundada la demanda podrá declarar la nulidad total o parcial del laudo arbitral y el mandato de emisión por los árbitros de un nuevo, pero el Tribunal Constitucional cuida de señalar que no

71 Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC de fecha 21 de setiembre del 2011, que se puede revisar en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

corresponde a los jueces o al propio Tribunal en ningún caso resolver acerca de la cuestión de fondo que fuera materia del arbitraje.

3.3.8 La Junta de Resolución de Disputas

La LCE incluye a las denominadas Juntas de Resolución de Disputas como un medio adicional de solución de controversias en una fase previa al arbitraje exclusivamente para los contratos de obra, con el objeto de que puedan prevenirse o resolverse durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra.

Las Juntas de Resolución de Disputas deberían servir para evitar la excesiva tendencia a arbitrarizar las controversias en los contratos de obra, otorgando a las partes un medio para solucionar los conflictos que se generen durante la obra en marcha, evitando su paralización, situación que privaría al Estado de poder contar en los plazos previstos con las obras o infraestructuras necesarias para satisfacer las necesidades de la colectividad y que tendría la ventaja adicional de reducir los costos y la dilación que implica esperar la solución de dichas controversias en un arbitraje, aunque sean sustancialmente menores que en el caso que las controversias tuvieran que ser resueltas mediante procesos judiciales.

3.3.9 El Arbitraje como Medio de Solución de Controversias en Contratos de Concesión Y de Asociaciones Público – Privadas Apps

Desde que se iniciaron a comienzos de la última década del siglo pasado lo que en el ordenamiento peruano se han denominado los “Procesos de Promoción de la Inversión Privada” en materia de servicios públicos y concesiones principalmente de infraestructura, los contratos de concesión o de transferencia de activos de empresas privatizadas que suscribieron el Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo) y los inversionistas privados, consagraron al arbitraje como el medio de solución de controversias, en lugar de la vía judicial, por las mismas razones de mayor celeridad, especialización y flexibilidad que justificaron que posteriormente hacia el año 1997 el arbitraje se extendiera como el medio de solución de controversias también en la contratación de compras públicas. Posteriormente los contratos que con la misma finalidad suscribieron los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales (municipalidades) también incluyeron a la vía arbitral como el mecanismo para la solución de

controversias entre los concesionarios privados y las citadas entidades estatales.

Como se ha comentado al iniciar este trabajo, en la actualidad el Decreto Legislativo N° 1224, que aprueba la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público – Privadas y Proyectos en activos (en adelante: Ley de APPs) y sus sucesivas modificaciones, dispone que todos los contratos que son comprendidos bajo dicha denominación genérica deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Si en la cláusula arbitral del respectivo contrato se distingue entre controversias de naturaleza técnica y de naturaleza no técnica, las primeras deben ser sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, permitiendo que incluso estas últimas puedan ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte pertinente. Asimismo se establecen pautas para que la entidades contratantes o concedentes al momento de designar al árbitro que les corresponde, escojan preferentemente a un profesional con experiencia mínima de cinco (5) años en la materia controvertida o a un abogado con experiencia de regulación o concesiones, según la materia de la controversia.

Tema muy importante regulado por la Ley de APPs y que ha generado controversias en el medio jurídico peruano es el referido a las materias arbitrables en dichas modalidades de contratos. El Reglamento de la citada Ley ha señalado que⁷² solo son arbitrables las “materias de libre disposición de las partes”, con el propósito de restringir o impedir totalmente la posibilidad de discutir en vía arbitral las decisiones de los organismos reguladores de las inversiones privadas en servicios públicos y concesiones de infraestructura, cuando se emiten en ejercicio de potestades administrativas y que de ordinario primero son materia de impugnación en sede administrativa y luego mediante el proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial.

En nuestra opinión no cabe duda que en principio la vía legalmente prevista en el ordenamiento administrativo peruano para cuestionar las

72 Decreto Supremo N° 410-2015-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012: Art. 80°.- *Cláusulas arbitrales.- (...) a) Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje...*

Art. 81.1 *“No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa. (...).”*

decisiones de los organismos reguladores, que nunca son parte de los contratos de concesión o de APPs, no es la arbitral, sino los mecanismos propios de impugnación de cualquier otra decisión administrativa de una entidad pública, es decir los recursos administrativos y si la resolución de dichos recursos en sede administrativa no satisface al interesado, en ejercicio de su derecho de tutela jurisdiccional, puede interponer una demanda contenciosa administrativa.

Sin embargo consideramos que en aquellos casos en los que el organismo regulador toma como parámetro o criterio para verificar el cumplimiento de sus obligaciones por el concesionario, reglas o compromisos contenidos en los respectivos contratos de concesión o de APPs, y en base a ellos ejercita las potestades administrativas que el marco legal establece y que muchas veces los propios contratos recogen, si debería ser procedente que se discuta en vía arbitral si la interpretación o alcance de las cláusulas contractuales pactadas por el inversionista con el concedente, que utiliza como parámetro o criterio de referencia el organismo regulador para el ejercicio de sus potestades, es o no es la correcta.

También se han previsto otros dos medios de solución de controversias, previos al arbitraje: el Amigable Componedor y la Junta de Resolución de Disputas. La figura del Amigable Componedor sólo opera en aquellos contratos en los que se haya pactado una etapa de Trato Directo previa al inicio de un arbitraje nacional, caso en el cual las partes en cualquier momento de la referida etapa podrán acordar la intervención de un tercero neutral, al que se le denomina Amigable Componedor, quien podrá ser designado directamente por las partes o delegar su designación a un Centro Arbitral.

El Reglamento de la Ley de Apps dispone que luego que las partes presentan por escrito sus posiciones y se lleva a cabo una audiencia en las que las exponen, el Amigable Componedor deberá citar a audiencia para exponer y entregar su informe o fórmula de solución a las partes, las que podrán aceptarla total o parcialmente, caso en el cual lo acordado por las partes tendrá los efectos de una transacción.

En nuestra opinión esta figura del Amigable Componedor servirá principalmente para que los funcionarios de las entidades estatales que son parte de la controversia puedan adquirir progresivamente mayor proclividad a conciliar o transar que la que han venido demostrando hasta la fecha, debido al temor al supuesto peligro que existe de la

posible imputación de responsabilidad por los órganos de control, porque podrán fundamentarse en la opinión de un tercero neutral, imparcial e independiente, que incluso puede ser de una nacionalidad diferente al de las partes.

Para facilitar el acuerdo entre las partes y que no se generen preveniciones o recelos para la presentación de propuestas o posiciones por las partes durante la intervención del Amigable Componedor, se prohíbe que las partes puedan presentar como medio probatorio en un proceso administrativo, arbitral o judicial ningún documento presentado o declaración realizada por las partes o el Amigable Componedor durante el respectivo procedimiento, salvo que dichos documentos o declaración puede ser obtenido en forma independiente por la parte que este interesada en presentarlo.

En cuanto a la Junta de Resolución de Disputas se dispone que en los contratos puede pactarse para que en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional las partes puedan someter sus controversias a la referida Junta, a solicitud de cualquiera de ellas, cuyos integrantes podrán ser designados de manera directa por las partes o encargada su designación a un Centro Arbitral. La decisión que adopte la Junta tendrá carácter obligatorio para las partes, lo cual no limita su facultad de poder llevar la controversia a la vía arbitral. Este medio de solución de controversias no ha sido objeto de desarrollo en el reglamento de la Ley de Apps, a diferencia del régimen similar que también esta recogido en el proyecto de Reglamento de la nueva LCE.

4 Procesos Penales

Otro mecanismo de control respecto del funcionamiento de la administración pública es el que se realiza a través de los procesos penales que se pueden incoar directamente contra los funcionarios públicos por la comisión de delitos en ejercicio de sus funciones. Al respecto el Código Penal peruano contiene un Capítulo específico dedicado a tipificar los diferentes delitos que pueden cometer los funcionarios públicos (arts. 376° al 401°-B, tales como: abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionario y otros varios tipos penales mas abarcando un universo de ilícitos penales bastante numeroso.

La experiencia demuestra que no es inusual que la persona que se considere afectado injustamente por alguna decisión de la administración

recurra a la denuncia penal como mecanismo de control de la actuación de los funcionarios públicos, sin embargo no está probado que dicha propensión a la criminalización sea realmente eficaz para corregir las conductas que se consideran ilegales, lesivas de los derechos de los administrados o que afectan los intereses de la colectividad.

En nuestra opinión en el Perú el relativamente frecuente recurso a la denuncia penal a los funcionarios públicos está sirviendo de facto como una suerte de sustituto a la casi nula operatividad de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, que en el derecho comparado constituye uno de los principales mecanismos de control de la administración pública, pero que lamentablemente en el ordenamiento administrativo peruano es casi inexistente.

O Controlo da Atividade da Administração Pública Portuguesa pela União Europeia

Fausto de Quadros*

1 Objecto do Estudo

Neste trabalho pretendemos reflectir sobre o controlo que sobre a atividade da Administração Pública portuguesa é levado a cabo pela União Europeia e pelo seu sistema jurídico. Cremos que este tema terá um grande interesse para o FIDA porque grande parte dos seus membros tem a nacionalidade de Estados não europeus.

2 O Direito Administrativo Europeu

O Direito da União Europeia tem uma natureza e uma função diferente da do clássico Direito Internacional Público. Este pretende coordenar as soberanias dos Estados partindo do individualismo e do egoísmo com que os Estados atuam na Comunidade Internacional. É, portanto, um Direito que vem solucionar conflitos entre Estados, que resultam exactamente dessa concepção da Comunidade Internacional como um espaço jurídico de soberanias conflituantes.

Ao contrário, o Direito da União Europeia (DUE) é um Direito da Integração, isto é, pretende fazer sobrepor os valores e interesses comuns aos Estados sobre aquilo que os divide, tendo como base a criação, alcançada em 1993, de um Mercado Interno ou mercado único¹. Essa integração é também uma integração jurídica porque carece de uma estrutura jurídica que enquadre a integração económica. Além disso,

* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 Sobre a distinção entre o Direito Internacional Público e o Direito da Integração Europeia ver a nossa dissertação de doutoramento *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 1985, reimpressa em 2018.

sobretudo com o Tratado de Maastricht, de 1992, a integração deixou de ser meramente, ou predominantemente, económica, para passar a ser também política. Quer-se dizer com isso que a integração exige que ela também abranja o Direito, isto é, ela exige um Direito Comum aos Estados e que seja aplicado de modo uniforme pelos Estados membros da União.

Esse Direito comum dá corpo a um poder supranacional da União Europeia sobre o poder político de cada Estado membro da União, que faz triunfar o interesse comum da União sobre os interesses isolados e egoístas dos Estados. Por isso, o DUE prima, prevalece, sobre os Direitos nacionais. Esse primado foi, desde os inícios da integração, construção pretoriana da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que suscitou alguma resistência da parte dos Estados membros, especialmente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), do Tribunal Constitucional da Itália (*Corte Costituzionale*) e do Conselho de Estado francês (*Conseil d'État*). Com o tempo, as Constituições dos Estados membros acabaram por acolher esse primado, com maiores ou menores dificuldades. Foi o caso da Constituição portuguesa, sobretudo depois da revisão de 2004, que introduziu um novo n.º 4 no artigo 8.º e deu um conteúdo mais explicativo ao n.º 6 do artigo 7.º. Entretanto o assunto deixou de ser polémico para os Estados, pelo menos na sua essência, porque os Estados inscreveram o primado, com o conteúdo e os limites como ele fôra construído pela jurisprudência do TJUE, nos próprios Tratados: veja-se a Declaração anexa ao Tratado de Lisboa com o n.º 17².

Visto, dessa forma, como Direito Comum, o Direito da União começa no Direito Constitucional. Embora a União ainda não tenha uma Constituição própria em sentido formal dado que não é um Estado, ela tem uma Constituição material, isto é, tem um acervo básico comum a todos os Estados, composto pelos valores enunciados pelo artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE), dentro dos quais se destacam os direitos fundamentais, para os quais a União tem um catálogo próprio muito valioso, moderno e largamente abrangente que é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É nesse sentido que se fala há muito

2 Ver a teoria do primado explicada por nós no nosso manual *Direito da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pgs. 510 e segs., e no nosso artigo *La primauté du droit de l'Union européenne sur le droit portugais: un cas particulier*, in *Liber amicorum Vlad Constantinesco*, Paris, Pedone, 2015, pg. 157 e segs..

em Constituição da União Europeia e em Direito Constitucional da União Europeia³.

Depois, a União tem um Direito Administrativo comum, conhecido hoje por Direito Administrativo Europeu⁴. São vários os sentidos com que se emprega esta expressão, como mostrámos num trabalho monográfico⁵, mais tarde desenvolvido nesta matéria⁶. Já em 1971 um dos pais do Direito Administrativo alemão do pós-Guerra, Otto Bachof, alertava para o “novo desafio no campo dogmático” que era trazido para o Direito Administrativo clássico através da influência do Direito da União Europeia (então chamado Direito Comunitário Europeu) no Direito Administrativo nacional. O sentido de Direito Administrativo Europeu que nos interessa neste trabalho é o do sistema jurídico que se ocupa da execução e da aplicação do Direito da União Europeia na ordem interna dos Estados.

Com relação ao tema deste artigo são quatro as grandes áreas do Direito Administrativo em que mais fortemente se sente o controlo pelo Direito da União Europeia da atividade da Administração Pública dos Estados e, no nosso caso, de Portugal. São eles as fontes, o ato administrativo, o contencioso e a responsabilidade extracontratual. É isso que vamos estudar nos números seguintes.

3 A Execução Administrativa do Direito da União pelos Estados

Nos Estados membros da União Europeia (UE) é muito importante o papel reservado ao Legislador nacional enquanto, ao criar Direito por via legislativa, executa o Direito da União (ou seja, os Tratados e o

3 Ver na doutrina de língua portuguesa Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a ed., Coimbra, 2003, pgs. 824 e segs., e Fausto de Quadros, *Direito...*, pgs. 105 e segs., e demais doutrina selecionada nessas obras. Na doutrina estrangeira, ver sobretudo Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 8^a ed., Zurique, Dike, 2016, A. von Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2003, e J. Weiler e M. Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003.

4 O Autor que primeiro e mais escreveu sobre o Direito Administrativo Europeu foi Jürgen Schwarze: vejam-se sobretudo as suas obras *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Baden-Baden, Nomos, 1988, e *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe*, Baden-Baden, Nomos, 1996. Ver também Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2^a ed., Berlin, 2004, com tradução castelhana da 1^a ed., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, 2003, e tradução no Brasil também da 1^a ed., *Dogmática jurídico-administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2016, M. Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., 4 vols., Milão, 2007, Paul Craig, *European Administrative Law*, 3^a ed., Oxford, OUP, 2018, e o nosso *Direito...*, acima citado, pgs. 415 e segs., onde compilamos muito boa bibliografia sobre o tema.

5 *A nova dimensão do Direito Administrativo – O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, Almedina, 1999, pgs. 21 e segs..

6 *Direito ...*, cit., loc. cit.

Direito derivado) na respectiva ordem interna. No exercício dessa tarefa o Legislador, desde logo por respeito pelo primado do DUE, tem a obrigação de eliminar da Ordem Jurídica nacional todo o Direito que contrarie o Direito da União e, ao mesmo tempo, de criar todos os instrumentos jurídicos que permitam a execução do DUE na ordem interna. Mas não menos importante é, na prática, o encargo que incumbe à Administração Pública de cada Estado de aplicar o Direito da União por via administrativa. De facto, no exercício da função administrativa do Estado, cabe à Administração Pública (assim como o cabe também aos tribunais nacionais no exercício da função judicial) aplicar, de entre as fontes do Direito que obrigam o respetivo Estado, *também* o Direito da União. Ou seja, o Direito da União faz parte do *bloco de legalidade* que demarca o princípio da legalidade no Direito Administrativo nacional.

A “execução administrativa” do Direito da União, que faz com que as pessoas coletivas, os órgãos e os agentes nacionais da Administração Pública nos apareçam também como “*entidades administrativas comunitárias*”, ou “*entidades administrativas de Direito da União*”, suscita vários problemas, dos quais só referiremos aqui os mais importantes dos que interessam a este relatório.

Os atos legislativos da União que são obrigatórios são o regulamento, a diretiva e a decisão. Eles encontram-se definidos no artigo 288º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). São aprovados por um processo legislativo ordinário ou especial da União, isto é, por um processo disciplinado, respectivamente, no artigo 289º, nºs 1 e 2, do TFUE.

Esses atos são obrigatórios não apenas para os órgãos da própria União como também para os Estados da União, inclusive para os seus sujeitos, públicos e privados, de Direito interno, e, quanto a estes, nos termos da já referida teoria do primado do Direito da União sobre os Direitos nacionais.

Os regulamentos obrigam os seus destinatários, aos quais se dirigem directa e imediatamente, pelo simples facto da sua publicação no *Jornal Oficial* da União.

As diretivas dirigem-se aos Estados e obrigam-nos quanto ao resultado, mas, ao contrário dos regulamentos, deixam aos Estados discricionariedade quanto à escolha dos meios e da forma de se alcançar esse resultado. A diretiva exige, pois, que seja transposta pelo Estado para a sua ordem interna, em regra pela via de um ato legislativo. Em Portugal

é essa a forma imposta pela Constituição no seu artigo 112º, nº 8. Se não for transposta dentro do prazo para isso fixado na própria diretiva ou se ela for mal transposta, quem tiver interesse nisso, por exemplo, um particular, pode invocar a diretiva perante a Administração ou perante um tribunal nacional contra um ato nacional, de qualquer grau, mesmo contra o ato nacional de transposição, para afastar a aplicação desse ato nacional pela Administração ou pelo tribunal em benefício da diretiva. Chama-se a isto *efeito directo* da diretiva e é mais uma criação pretoriana do TJUE⁷. Mas além do efeito directo a não transposição ou a má transposição da diretiva também gera responsabilidade extracontratual do respetivo Estado perante o lesado. Também esta construção é da responsabilidade do TJUE⁸.

Por sua vez, a decisão pode ser tanto um ato geral e abstracto como um ato individual e concreto. Ou seja, pode ser um ato legislativo ou um ato administrativo. Também é obrigatória para os seus destinatários, que podem ser Estados ou particulares.

Esses atos de Direito derivado são executados pelos Estados por via legislativa ou administrativa. Versam sobre as mais diversas matérias. Quanto aos regulamentos, eles próprios fixam sanções pelo seu desrespeito pelos Estados podendo os Estados estabelecer para o mesmo fim as sanções complementares que entenderem convenientes. É ao Parlamento dos Estados que cabe assegurar que os atos de Direito derivado são bem executados por atos legislativos nacionais mas é a Administração Pública dos Estados que é responsável pelo cumprimento desses atos tanto de índole legislativa como administrativa, devendo criar os instrumentos necessários para o controlo desse cumprimento. O incumprimento desses atos determina a abertura contra o respetivo Estado, pela Comissão Europeia, de um procedimento administrativo por incumprimento, que pode acabar num processo judicial por incumprimento no Tribunal de Justiça. Voltaremos a isso adiante.

Pode-se dizer hoje que cerca de 80% do Direito Administrativo dos Estados membros tem a sua origem no Direito da União Europeia e, portanto, foi moldado por este, melhor dito, pelo Direito derivado, tal como ele tem sido interpretado pela jurisprudência do TJ e, obviamente, à sombra dos Tratados. É este um dos sentidos do Direito Administrativo Europeu, isto é, Direito Administrativo harmonizado por força do DUE.

⁷ Sobre o efeito directo das diretivas ver o nosso *Direito...*, pgs. 544 e segs..

⁸ Ver isso desenvolvido no nosso *Direito...*, pgs. 704 e segs..

Essa influência do DUE sobre os Direitos Administrativos nacionais é particularmente sensível nos domínios dos contratos públicos (dentro dos quais se integram os contratos administrativos), da concorrência, dos serviços de interesse económico geral, das ajudas do Estado, das empresas públicas, da intervenção do Estado nas empresas privadas, das privatizações das empresas com capitais públicos, do procedimento administrativo, do reconhecimento de graus académicos e títulos, do Direito Administrativo do Ambiente, dos Medicamentos, da Saúde, da Energia, do Direito Administrativo Bancário, da proteção da propriedade intelectual e tantos outros domínios. No que especificamente diz respeito ao procedimento administrativo note-se que o novo Código do Procedimento Administrativo português (CPA), de 2015, consagra, no seu artigo 19º, o princípio da cooperação leal recíproca entre a Administração Pública e a União Europeia, como corolário, aliás, do princípio da lealdade e da cooperação leal entre a União e os Estados membros, que o TUE estabelece no seu artigo 4º, nº 3º.

4 Em Especial, a Execução das Diretivas

Dos atos de Direito derivado referidos, para o Direito Administrativo nacional são especialmente importantes as diretivas da União. É sobretudo através delas que a União harmoniza os Direitos Administrativos nacionais, isto é, vai criando o Direito Administrativo comum de que acima falámos. Muitos dos institutos importantes hoje para o Direito Administrativo dos Estados foram criados ou moldados por diretivas da União Europeia. É o que se passa com os domínios que referimos poucas linhas atrás.

As diretivas, como em cima foi dito, têm obrigatoriamente de ser transpostas para o Direito interno nos termos em que cada uma delas estabelece, designadamente, dentro do prazo que cada uma delas fixa para o efeito. Se o não forem, não só fazem incorrer os respetivos Estados em responsabilidade civil extracontratual perante os lesados como pode o lesado com a não transposição ou a má transposição invocar directamente a diretiva perante a Administração Pública e os tribunais de qualquer Estado, devendo aquela e estes atender à diretiva e não ao

9 Ver a anotação a esse artigo do CPA na obra de Fausto de Quadros e outros, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016, pgs. 48 e segs..

ato de transposição mesmo contra este e ao demais Direito estadual de sentido contrário. Já nos referimos atrás a isto.

5 A Teoria do Ato Administrativo: em Especial, a Obrigação para os Estados de Revogarem Atos Administrativos Nacionais Contrários ao Direito da União

Também o regime do acto administrativo nacional sofreu forte influência do Direito da União Europeia, tendo mesmo conduzido à criação do conceito de ato administrativo comunitário¹⁰. Desse regime merece especial interesse para este trabalho o aspeto de que nos vamos ocupar de seguida.

A obrigação que incumbe aos Estados de aplicar o Direito da União engloba, já o dissemos, o dever de eliminar da respetiva Ordem Jurídica todos os atos contrários ao Direito da União. Como uma das concretizações desse dever, os Estados têm a obrigação de revogar, se necessário *ex officio*, os atos administrativos que sejam inválidos por violarem o Direito da União, mesmo os atos constitutivos de direitos.

Esta questão constitui um dos mais difíceis, mas também dos mais fascinantes problemas do Direito Administrativo da União. Também esta matéria tem-se vindo a desenvolver sobretudo graças ao labor da jurisprudência do TJ.

O problema nasceu a propósito da concessão pelos Estados dos “auxílios” a que se referem os atuais artigos 107.º e seguintes do TFUE e que cabem no conceito mais usual de “ajudas do Estado”. O regime desses auxílios constitui matéria nuclear no domínio do Direito da Concorrência da União.

No seu n.º 1, o artigo 107.º do TFUE consagra a regra da proibição da concessão pelos Estados dos auxílios nele previstos. Logo a seguir, o artigo 108.º, no seu n.º 1, confere à Comissão o poder de fiscalizar a concessão desses auxílios, dispondo depois, no seu n.º 2, par. 1, que ela, no exercício dessa faculdade, poderá decidir que o Estado *suprima* ou *modifique* (o que significa revogue total ou parcialmente) um auxílio concedido em violação do artigo 107.º. Ora, por força de questões prejudiciais colocadas sobretudo por tribunais alemães, suscitou-se perante o

10 Ver o nosso estudo *O acto administrativo comunitário*, in Colaço Antunes e Saínez Moreno (coords.), Colóquio Luso-Espanhol – O acto no contencioso administrativo, Coimbra, Almedina, 2005, pgs. 63 e segs. Ver também, da nossa autoria, *A relevância para o contencioso administrativo nacional do ato administrativo comunitário e do ato administrativo nacional contrário ao Direito da União Europeia*, in *Liber amicorum* Freitas do Amaral, Coimbra, Almedina, 2010, pgs. 1027 e segs..

TJ o problema de saber qual era o regime, particularmente, da supressão, imposta aos Estados pela Comissão, de auxílios que eles tivessem concedido a entidades públicas ou privadas e que a Comissão viesse a entender que violavam aquele preceito. Falamos aqui de “revogação” de atos administrativos, porque, como vamos ver, o problema tem sido suscitado sobretudo a propósito da *revogação ou anulação administrativas* dos atos de concessão desses auxílios ilegais, embora o problema se coloque também, e nos mesmos termos, quanto à eventual *anulação judicial* desses atos, dado que o que se discute, no fundo, é saber se o Estado não está obrigado a “recuperar” (como diz alguma jurisprudência à qual nos vamos referir adiante), no todo ou em parte, os auxílios ilegais concedidos.

A jurisprudência do Tribunal nesta matéria encontra-se compendiada principalmente em três Acórdãos: por ordem crescente de importância, os casos *Deufil*¹¹, *Deutsche Milchkontor*¹², e *Alcan*¹³, embora alguns outros Acórdãos aprofundem aspetos concretos desses três casos.

O TJ parte do estipulado no trecho final do artigo 108.º, n.º 2, par. 1, do TFUE. Ou seja, no respeito pelo princípio da lealdade ou da cooperação leal, tal como ele se encontra consagrado, como vimos, no artigo 4º, nº 3, do TUE, o Estado é obrigado a revogar um auxílio (esqueçamos agora, por mais simples, a hipótese da mera modificação do auxílio) que a Comissão considerou ilegal, e *no prazo que ela fixar*. Se o auxílio já tiver sido efetivamente concedido, o Estado deve dirigir ao beneficiário do auxílio uma injunção no sentido da restituição, total ou parcial, do auxílio¹⁴.

Em princípio, diz o TJ, a revogação da concessão do auxílio (ou seja, a sua recuperação) deve processar-se de harmonia com as regras aplicáveis *do respetivo Direito nacional*, embora nunca de forma a que daí resulte a impossibilidade de o Estado obter a recuperação do auxílio, porque *esta é imposta pelo Direito da União*, que prevalece sobre o Direito estadual e que o Estado é obrigado a respeitar¹⁵.

Todavia, chegado a este ponto, ao TJ deparou-se o problema de decidir qual era o prazo máximo de que o Estado dispunha para revogar a concessão de um auxílio. É que, nas questões prejudiciais providas de

11 Acórdão de 24-2-87, Processo 310/85. A jurisprudência do TJUE pode ser consultada no sítio <https://curia.europa.eu>.

12 Ac. 21-9-83, Procs. 205/82 a 215/82.

13 Ac. 20-3-97, Proc. C-24/95.

14 Caso *Deufil*, cit., ponto 24.

15 Caso *Deutsche Milchkontor*, cit.

tribunais alemães, estes recordavam ao TJ que o artigo 48.º da *Verwaltungsverfahrensgesetz (Lei alemã do Procedimento Administrativo)*, ao regular a revogação dos atos administrativos, dispõe, nos seus n.os 1 e 4, que a revogação dos atos constitutivos de direitos está sujeita ao prazo máximo de um ano. O regime é, portanto, idêntico ao do Direito Administrativo português anterior ao CPA de 2015: ver o artigo 141.º, n.º 1, do CPA de 1991 e o artigo 58.º, n.º 2, al. *α*, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) de 2002.

Ora, sobre este ponto, e respondendo a uma questão prejudicial colocada pelo Supremo Tribunal Administrativo federal alemão, o TJ, no já citado caso *Alcan*, decidiu que a recuperação de um auxílio ilegal deve ocorrer, em princípio, de acordo com as disposições pertinentes do Direito nacional, *sem prejuízo, todavia, de serem aplicadas de forma a não tornar praticamente impossível a recuperação exigida pelo Direito Comunitário, hoje, Direito da União*. Ou seja, a revogação dos atos constitutivos desses auxílios tem necessariamente de ocorrer, e ela deve ter lugar mesmo depois de decorrido o prazo estabelecido pelo Direito nacional.

A jurisprudência segundo a qual os Estados tinham o dever de revogar os atos constitutivos desses auxílios que fossem contrários ao Direito da União sem se fixar um prazo para o efeito e mesmo depois de decorrido o prazo definido pelo respetivo Direito nacional causou natural embaraço para os Estados, que, em nome do princípio da legalidade, estavam de acordo em que os atos em questão tinham de ser eliminados da Ordem Jurídica por serem contrários aos Tratados, mas, ao mesmo tempo, entendiam que, por respeito pelos princípios da tutela da confiança e da segurança jurídica, tinha de haver um prazo máximo para essa revogação. Deveria ser o Direito da União a fixar esse prazo mas, enquanto isso não acontecesse, teriam de ser os Estados a criar em lei esse prazo. Alguns Estados fizeram-no e, indo de encontro às preocupações do TJ, fixaram para esta revogação um prazo superior ao prazo nacional geral para a revogação dos atos constitutivos de direitos com fundamento no facto de na atribuição e na aplicação de ajudas do Estado em violação do Direito da União haver forçosamente má-fé e fraude. Assim procedeu também o Legislador português. De facto, no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015, o prazo geral para a revogação dos atos constitutivos de direitos que sejam inválidos, segundo o n.º 2 do artigo 168º, continua a ser de um ano, como já acontecia no Código de 1991, mas especificamente para a revogação

de atos constitutivos de direitos traduzidos na atribuição de ajudas do Estado contrárias ao Direito da União Europeia, o n.º 4 do mesmo artigo, na sua alínea c), fixa um prazo especial de cinco anos. Note-se que o Código chega a um outro prazo especial de igual duração na alínea a) do mesmo n.º 2 do artigo 168.º, para a revogação de atos constitutivos em que o respetivo beneficiário tenha utilizado artifício fraudulento para a obtenção do respetivo benefício. Ora, também nessa previsão pode caber a atribuição de uma ajuda do Estado contrária ao Direito da União sempre que aconteça, o que tem sido muito frequente, o beneficiário de uma ajuda do Estado contrária a esse Direito ter agido fraudulentamente, inclusive, não raro, com a conivência da própria Administração¹⁶.

6 O Incumprimento do Direito da União Europeia pelos Estados Membros

O DUE é obrigatório para os Estados, pelo que ele atribui à União um poder sancionatório para a hipótese de os Estados, inclusive a respetiva Administração Pública, infringirem o sistema jurídico da União.

O incumprimento pelos Estados membros, por via legislativa ou, pelo que nos interessa, por via administrativa, constitui o respetivo Estado na situação de incumprimento. Este tem um regime geral e regimes especiais previstos por vezes nos atos legislativos quanto às matérias de que se ocupam. Esses regimes especiais, definidos em regulamentos, podem conferir à Comissão poderes para aplicar sanções aos Estados e aos sujeitos de Direito interno, que estão prescritas nesses regulamentos, como está admitido no artigo 261.º do TFUE.

O regime geral, que é de facto o regime comum de incumprimento, está disciplinado nos artigos 258.º a 260.º do TFUE.

Segundo ele, em caso de qualquer infração ao Direito da União que seja ela a descobrir por sua iniciativa ou por queixa de um Estado ou de um particular, a Comissão concede uma oportunidade ao Estado infractor para repor a legalidade infringida. Estamos aqui perante um procedimento administrativo sancionatório. Se o Estado em falta não adoptar as medidas legislativas ou administrativas que forem necessárias para por termo à infração, nesse caso a Comissão propõe uma ação contra o Estado

¹⁶ Ver esta questão desenvolvida, inclusive com ligações com a jurisprudência administrativa portuguesa, em Fausto de Quadros, *Direito...*, pgs. 668 e segs..

no TJ. Este, se considerar que a ação merece provimento, fixa as medidas que o Estado infractor deve adoptar para restabelecer a legalidade.

Tem sido muitos os casos em que o Tribunal tem feito uso desse poder, como se pode ver pela sua jurisprudência.

Pode acontecer que o Estado se recuse também a cumprir a sentença que o condenou. Estaremos nesse caso perante um segundo incumprimento ou incumprimento em segundo grau da parte do Estado. Nessa situação, o Tribunal, por proposta da Comissão, pode condenar o Estado a uma sanção pecuniária compulsória, fixa ou progressiva¹⁷.

7 O Controlo pela União Europeia da Atividade Administrativa dos Estados através do Contencioso Administrativo

O controlo da atividade administrativa dos Estados membros da União Europeia pela União tem também lugar pela influência, já intensa, do Contencioso da União no Direito nacional do Contencioso Administrativo dos Estados. Estudámos essa influência, já há alguns anos, de forma quase exaustiva, num artigo¹⁸. Desenvolvemos alguns desses aspectos mais tarde no nosso manual, que temos vindo a citar neste trabalho¹⁹, e num outro manual, escrito em co-autoria, que dedicámos especificamente ao Contencioso da União²⁰. Vamos referir-nos agora, dadas as limitações de espaço, às mais importantes facetas dessa influência.

7.1 Os Tribunais Administrativos Nacionais Como Tribunais do Direito da União Europeia

Os tribunais nacionais desempenham um papel muito importante na aplicação do Direito da União. Por força do princípio da aplicação descentralizada do Direito da União pelos Estados membros, são os tribunais nacionais os tribunais comuns do contencioso da União ou os “tribunais comunitários de Direito comum”, como cedo começou a defender a jurisprudência e a doutrina da União²¹. E isso é assim porque a jurisdição do juiz nacional na aplicação do Direito da União é *geral*, por

17 Ver mais detalhadamente Fausto de Quadros e Ana Martins, *Contencioso da União Europeia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, reimpressa em 2009, pgs. 226 e segs.

18 *A europeização do Contencioso Administrativo*, in *Estudos Marcello Caetano pelo 100º aniversário do seu nascimento*, Coimbra, Almedina, 2006, pg. 385.

19 *Direito...*, pgs. 688 e segs.

20 Em co-autoria com Ana Martins, *Contencioso...*, cit., pgs. 22-23.

21 Ver a nossa *A nova dimensão...*, cit., pgs. 42-43.

oposição à jurisdição do TJUE, que tem uma competência por atribuição, por força, desde logo, do artigo 8.º, n.º 2, do TUE.

Também os tribunais administrativos nacionais atuam, pois, como tribunais comuns de aplicação do Direito da União. Nos casos que lhes são submetidos e que relevam do Direito da União, esses tribunais atuam, portanto, como *tribunais da União*. Ou seja, exercem uma *função judicial de Direito da União*. Essa “função comunitária do juiz administrativo”²² quer dizer que ele assegura, na ordem interna, a plena efetividade do Direito da União, integrando, portanto, o Direito da União dentro do bloco de legalidade que enforma o conjunto global da Ordem Jurídica nacional e que lhe cabe a ele, juiz administrativo nacional, respeitar e aplicar. Ou seja, o juiz nacional aplica o Direito da União segundo os critérios próprios deste, isto é, com respeito por todas as características que são próprias e específicas do sistema jurídico da União, a começar pela sua uniformidade e pelo seu primado sobre os Direitos estaduais. Existe, portanto, na ordem interna dos Estados, um *direito fundamental*, reconhecido *pelo Direito da União* aos sujeitos de Direito interno, à *garantia judicial efetiva* (ou tutela jurisdicional efetiva, de harmonia com outra terminologia), segundo a qual eles têm direito à aplicação plena e eficaz (portanto, também célere) do Direito da União pelos respetivos tribunais nacionais. Isto não prejudica a ideia de que a recusa dessa garantia judicial efetiva é sindicável pelos tribunais constitucionais nacionais também na medida em que a garantia da aplicação do Direito da União na ordem interna se inclui na tutela jurisdicional efetiva que a generalidade das Constituições estaduais reconhece aos seus cidadãos como direito fundamental²³.

Isso significa que, repetimos, nos casos que sejam chamados a julgar, e que se rejam pelo Direito da União, os tribunais nacionais, incluindo, portanto, os tribunais administrativos, têm o dever de fazer tanto os poderes públicos como os particulares respeitar o Direito da União, e mesmo contra Direito nacional eventualmente contrário. A Comissão Europeia entende que esta cooperação se funda no já aqui referido princípio da cooperação leal, que ela extrai do atual artigo 4.º, n.º 3, do TUE.

Daqui resulta, em confronto com o que já vimos atrás, que cada Estado membro conserva a sua autonomia quanto à organização do seu

22 Ver a nossa *A nova dimensão ...*, *cit.*, *loc. cit.*

23 Assim, também, O. DUBOS, *LES JURIDICTIONS NATIONALES, JUGE COMMUNAUTAIRE, PARIS, DALLOZ, 2001, E, EM PORTUGAL, INÊS QUADROS, A FUNÇÃO SUBJECTIVA DA COMPETÊNCIA PREJUDICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DISSERTAÇÃO, COIMBRA, ALMEDINA, 2007, PGS. 129 E SEGS.*

sistema judiciário e à definição das respectivas regras de processo, mas os tribunais nacionais não podem refugiarse naquele ou nestas, para recusarem plena eficácia ao Direito da União na respetiva ordem interna. E devem fazê-lo, insistimos, mesmo contra eventual Direito nacional de sentido contrário.

Só que a posição do juiz nacional de ter de aplicar Direito da União contra as regras nacionais que disciplinam o exercício do poder judicial não é cômoda para ele. Por isso, os Estados membros têm vindo, também aqui, a adaptar a sua Ordem Jurídica nacional às exigências da aplicação do Direito da União também por via judicial.

Também Portugal procedeu assim. A primeira manifestação dessa orientação do nosso Legislador no domínio do Direito Administrativo verificouse com a revisão do Contencioso Administrativo levada a cabo em 2002 e que entrou em vigor em 2004. Tanto as alterações introduzidas então no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) como no novo Código de Processo nos Tribunais Adminostrativos (CPTA) foram determinadas, entre outros fatores, pela necessidade de se colocar o Contencioso Administrativo português em condições de permitir a plena aplicação do Direito da União pelo juiz administrativo, designadamente, pela sujeição aos tribunais administrativos de todo o exercício da função administrativa, inclusive, por entidades privadas, que resulta, sobretudo, da penetração do Direito da União em importantes domínios materiais do Direito Administrativo português, ou seja, da comunitarização do Direito Administrativo nacional, à qual já fizemos referência acima.

Esse caminho foi aprofundado com a aprovação da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que veio definir o novo regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas. Esta Lei prevê a responsabilidade do Estado Português pelo exercício da função jurisdicional também em violação do Direito da União.

Notese que, de entre os Estados membros, a França tem sido aquele onde os tribunais administrativos mais e melhor têm sabido e querido exercer esse papel de tribunais da União, através do intenso labor do Conselho de Estado. A jurisprudência do *Conseil d'État* na matéria do Direito da União é já vasta e permite-nos compreender muito bem a função dos tribunais administrativos nacionais como tribunais também do Direito da União²⁴.

24 Ver especialmente, DUBOS, *OP. CIT.*, PGS. 832 E SEGS. E 840 E SEGS.

7.2 As Questões Prejudiciais

O primeiro e mais importante meio pelo qual o Direito da União Europeia penetra no Direito Administrativo nacional por via do contencioso administrativo é o das questões prejudiciais, que estão reguladas pelo artigo 267º do TFUE. Caso um tribunal nacional, no julgamento de um litígio concreto, tenha dúvidas sobre a interpretação de uma norma dos Tratados da União ou sobre a interpretação ou a validade de uma norma de Direito derivado da União pode (se não for, nesse litígio concreto, um tribunal de última instância) ou deve (se for um tribunal de última instância) suscitar essa questão, a título prejudicial, perante o TJUE. O sentido do acórdão prejudicial deste Tribunal obriga o tribunal nacional que a colocou bem como todos os outros tribunais estaduais de toda a União embora todos conservem a liberdade de decidir quanto ao *fundo* do litígio.

O TJUE tem proferido muitos acórdãos prejudiciais sobre questões de Direito Administrativo ou que, de algum modo, se reflectem no Direito Administrativo nacional, e tem sido através delas que tem tido lugar a vasta criação pretoriana do Direito Administrativo Europeu à qual acima nos referimos.

7.3 A Competência Anulatória do Tribunal de Justiça da União Europeia em Relação ao Direito Administrativo Nacional

Depois, há que referir a competência anulatória do TJ em relação ao Direito Administrativo nacional. Porque não é um tribunal federal o TJ não tem competência para julgar da validade de normas ou atos nacionais dos Estados membros. Mas há uma excepção: ele pode anular o ato administrativo pelo qual o órgão competente estadual exonere o Governador do respetivo Banco Central. É o que estabelece o Protocolo relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (SEBC), anexo ao Tratado de Lisboa, no seu artigo 14º, nº 2, parágrafo 2. A *ratio* deste preceito é a seguinte: como membros do Conselho de Governadores do Banco Central Europeu os Governadores dos Bancos Centrais dos Estados membros da Zona Euro são independentes em relação ao Poder Político dos respetivos Estados e essa independência impõe que não dependam, de qualquer modo, das respetivas autoridades nacionais, salvo nas situações verdadeiramente excepcionais indicadas no referido artigo dos Estatutos do SEBC. É esse o único caso em que um ato

de um Estado membro, no caso, um ato administrativo, pode ser anulado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

7.4 A Proteção Cautelar Assegurada pelos Tribunais Administrativos Nacionais aos Direitos Subjetivos Reconhecidos pelo Direito Da União

Um dos domínios que mais interesse têm vindo a despertar a propósito da aplicação do Direito da União pelo juiz nacional dos Estados membros é o da proteção cautelar que este deve conceder a direitos subjetivos conferidos pelo Direito da União nas mesmas condições em que os Tribunais da União devem deferir providências cautelares à sombra do artigo 279.º do TFUE.

Logo o primeiro caso em que essa questão se discutiu no TJ forneceu uma grande lição sobre a efetividade, ou eficácia, do Direito da União. Foi o processo *Factortame*²⁵. Vale a pena descrevermos em poucas palavras a questão de Direito que se discutia nesse caso²⁶.

O Direito britânico não permite injunções dos tribunais nacionais contra a Coroa. É um princípio básico daquele sistema jurídico. Pois, no caso *Factortame*, nascido de uma questão prejudicial colocada pela Câmara dos Lordes ao TJ, este decidiu, com muita clareza, que um tribunal nacional *está obrigado a decretar as providências cautelares que forem necessárias e adequadas à proteção dos direitos subjetivos reconhecidos a particulares pela Ordem Jurídica da União mesmo contra qualquer disposição do respetivo Direito nacional*, ou seja, inclusivamente afastando, se for preciso fazê-lo, qualquer norma de Direito nacional ou qualquer prática interna (legislativa, administrativa ou judicial) que a tal se oponha. E o tribunal nacional respetivo dirigiu, em consequência, a respetiva injunção à Administração e foi a primeira vez que o fez na História do Poder Judicial no Reino Unido.

Nos casos *Zuckerfabrik*²⁷ e *Atlanta*²⁸, o TJ confirmou e robusteceu essa jurisprudência.

Ainda mais significativo é o caso *Antonissen*. Aqui a proteção cautelar foi levada, dentro do razoável, a limites que à época eram desconhecidos

25 Ac. 19-6-90, Proc. n.º C-213/89.

26 Um estudo mais pormenorizado deste caso encontra-se no nosso trabalho monográfico *A nova dimensão...*, cit., pgs. 28 e segs., e em *Fausto de Quadros e Ana Martins, op. cit.*, pgs. 318 e segs..

27 Ac. 21-12-91, Procs. apensos n.ºs C-143/88 e C-92/89.

28 Ac. 9-11-95. Proc. n.º C-465/93.

pelos tribunais de muitos Estados membros. Com efeito, nesse caso, o Presidente do TJ, por Despacho de 29 de janeiro de 1997²⁹, proferido sobre recurso de um Despacho do Presidente do TPI³⁰, e divergindo deste, entendeu não poder excluir, *de forma geral e abstrata*, que, numa ação de responsabilidade civil extracontratual instaurada por um particular contra a União, ao autor devesse ser concedida, a título cautelar, e com fundamento nos requisitos elaborados pela jurisprudência comunitária à sombra do atual artigo 279.º do TFUE, uma caução até à data da sentença definitiva na ação, mesmo aceitando-se o risco de a caução se perder, por insolvência do requerente (já que a este não fora exigida qualquer garantia da caução concedida), se entretanto este não viesse a obter provimento no processo principal.

Ou seja, dentro da obrigação, que a jurisprudência da União impõe aos tribunais nacionais, de conceder providências cautelares, mesmo se estas não estiverem tipificadas ou especificadas na lei, para a salvaguarda de situações jurídicas reconhecidas a particulares pelo Direito da União, nas mesmas condições em que os Tribunais da União devem deferir providências cautelares com fundamento no atual artigo 279.º do TFUE, inclui-se o dever de eles concederem providências cautelares de *pagamento antecipado*, isto é, providências de tipo antecipatório, sem a prestação de garantia pelo requerente, quando tal se torne necessário para a plena e eficaz proteção dos direitos em causa, reconhecidos pelo Direito da União, e nas circunstâncias concretas do caso *Antonissen*^{31 32}.

O Direito Processual Civil português parece não acolher este tipo de providências cautelares. O regime geral das providências cautelares, definido nos artigos 362.º e seguintes do Código de Processo Civil, por um lado, admite as providências cautelares antecipatórias (artigo 362.º, n.º 1), mas, por outro lado, dentro das providências cautelares especificadas, na providência do arbitramento da reparação provisória, prevista nos artigos 388.º e seguintes daquele Código (e que parece ser a que mais se aproxima das providências em causa), o requerente é sempre obrigado a restituir as quantias recebidas, se a providência caducar ou se ele não obtiver a reparação requerida – assim dispõe o artigo 390.º. Ora, isso contraria a doutrina do caso *Antonissen*.

29 Proc. n.º C-393/96 P(R)..

30 Despacho de 29-11-96, Proc. n.º T-179/96 R.

31 Assim, Eduardo Garcia de Enterría, anotação a este Acórdão, in RAP n.º 142, pgs. 225 e segs.

32 Ver também Garcia de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares*, 2.ª ed., Madrid, 1995.

Ao contrário, especificamente no Direito Processual Administrativo, o CPTA, de 2002, no seu artigo 133.º, prevê uma providência cautelar especificada, chamada “regulação provisória do pagamento de quantias”, que pode ser concedida “*sem necessidade da prestação de garantia*” (itálico nosso) da parte do requerente e em caso “de grave carência económica” da sua parte. Este nosso entendimento é reforçado pelo facto de o CPTA, ao disciplinar as providências cautelares, nos artigos 112º e seguintes, não conter nenhum preceito análogo ao artigo 390º do Código de Processo Civil. Resta acrescentar que depressa os tribunais administrativos começaram a aplicar de modo correto a doutrina que estamos a defender³³.

Fazemos, todavia, notar que o facto de a lei portuguesa, com maior ou menor clareza e convicção, admitir providências cautelares do tipo da concedida pelo TJ no caso *Antonissen* facilita o trabalho do juiz português, mas ela não é necessária: em qualquer caso, com ou sem base no Direito nacional, e até eventualmente contra ele, o juiz português, por força do primado do Direito da União, terá que conceder ao requerente uma providência cautelar do tipo da conferida no caso *Antonissen* quando ele se convencer de que isso é indispensável para o efeito de acautelar um direito subjetivo reconhecido pelo Direito da União. Aliás, a fórmula ampla com que a Constituição portuguesa, no seu artigo 268.º, n.º 4, *in fine*, admite as providências cautelares, não nos deixa dúvidas de que ela não exclui aquele tipo de providências.

7.5 A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Incumprimento do Direito da União

Outro domínio em que a atividade administrativa dos Estados membros é fortemente influenciada e controlada pelo Direito da União Europeia é o da efetivação, perante os tribunais nacionais, da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do Direito da União.

O DUE postula a responsabilidade civil extracontratual do Estado por incumprimento do Direito da União e definiu já um regime para a efetivação dessa responsabilidade. Esta pode resultar do incumprimento

33 Entre as primeiras sentenças ver os Acs. Tribunal Central Administrativo do Norte, 7122004, *Ministério da Educação*, Proc. 666/04.2, e Tribunal Central Administrativo do Sul, 2552006, Proc. 1605/06, ambos em www.dgsi.pt.

inclusivamente de atos legislativos ou da sua omissão³⁴, e de atos do Poder Judicial. Esta responsabilidade é julgada pelos tribunais nacionais do Estado incumpridor mas em conformidade com critérios do Direito da União, porque é uma responsabilidade *de Direito da União*. Aos tribunais nacionais caberá nesta matéria seguir a *doutrina Francovich*, consagrada na jurisprudência do TJ dos anos 90 e iniciada nos casos *Francovich*³⁵ e *Brasserie du Pêcheur*³⁶.

Repetimos que essa responsabilidade pode decorrer para o Estado membro também por atos ou omissões do seu Poder Judicial. Como acima se disse, para ir de encontro ao DUE nesta matéria, o Direito português, através da Lei n.º 67/2007, já acolheu esse princípio da responsabilidade extracontratual do Estado por violação, pelos tribunais, do Direito da União.

Essa posição encontrase hoje claramente acolhida pelo TJ no Acórdão, mais recente, proferido no caso *Köbler*³⁷. Numa questão prejudicial em que estava em causa o Supremo Tribunal Administrativo federal da Áustria, o TJ decidiu que um Estado-membro é responsável pelos danos causados a um particular por violação do Direito da União imputável a um tribunal nacional que julgue em última instância, desde que essa violação, para além de reunir os requisitos definidos no caso *Francovich*, tenha “carácter manifesto”^{38,39}. Mais tarde, no caso *Traghetti del Mediterraneo*⁴⁰, o TJ, partindo da doutrina do caso *Köbler*, foi ainda mais longe. De facto, nesse Acórdão ele decidiu que o Estado responde por uma infração ao Direito da União por parte de um órgão jurisdicional que decida em última instância quando essa infração resultar “de uma interpretação de normas jurídicas ou de apreciação dos factos e das provas efetuadas por esse órgão jurisdicional”. Mais: o Estado responde por essa infração *mesmo se o Juiz não tiver atuado com dolo ou culpa grave mas desde que tenha agido com “manifesta ignorância do direito aplicável”*⁴¹⁻⁴².

34 No Ac. 27-11-2007, Proc. 07A3954, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal condenou o Estado Português pela omissão atempada do ato legislativo de transposição de uma Diretiva.

35 Ac. 19-11-91, Procs. n.º 6 e 9/90.

36 Ac. 5-3-96, Procs. n.ºs C-46/93 e C-48/93.

37 Ac. 30-9-2003, Proc. C-224/01.

38 Sobretudo pontos 59, 100, 104 e segs. e 120 e segs.

39 O Acórdão *Köbler* foi objeto de uma extensa dissertação de doutoramento no Instituto Universitário Europeu, de Florença – K. M. SCHERR, *THE PRINCIPLE OF STATE LIABILITY FOR JUDICIAL BREACHES*, 2008.

40 Ac. 13-6-2006, Proc. C173/03.

41 Pontos 38 e segs., especialmente, 47.

42 Ver o exame mais desenvolvido dos Acórdãos *Köbler* e *Traghetti* nos nossos estudos *A europeização do Contencioso Administrativo...*, cit., pgs. 392 e segs., e *A relevância para o contencioso administrativo nacional...*, também cit., pgs. 1.040 e segs. Ver também M. J. Rangel de Mesquita, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*

O Direito da União impõe, portanto, que os tribunais nacionais, ao julgarem uma ação de responsabilidade civil extracontratual interposta contra o respetivo Estado por ações ou omissões do seu Poder Judicial que violem o Direito da União, apliquem *este* e não o respetivo Direito estadual que conflitue com o Direito da União. É esse o efeito conjugado da jurisprudência *Francovich* e *Köbler*.

Há duas situações concretas em que o Estado poderá ser responsabilizado por força da doutrina *Köbler* e *Traghetti*: uma, é aquela em que o particular é lesado pela recusa do juiz nacional em suscitar uma questão prejudicial perante o TJUE, quando é obrigado a fazê-lo; a outra é aquela em que o juiz nacional não respeita o acórdão prejudicial do TJUE. O regime da responsabilidade comunitária do Estado por desrespeito pelo juiz nacional, nessas duas situações, respetivamente, do artigo 267.º TFUE e da jurisprudência do TJ formada à sombra daquele artigo, deve ser tanto mais eficaz quanto é certo que, como se disse atrás, os Tratados nunca, até hoje, acolheram a possibilidade, que o artigo 43.º do *Projeto de Tratado Spinelli* admitia no quadro da exCEE, de o TJUE anular sentenças de tribunais nacionais que tivessem sido proferidas sem que nos respetivos processos os juizes tivessem suscitado questões prejudiciais para o TJUE quando eram obrigados a fazê-lo ou, na outra hipótese, que tivessem sido proferidas com desrespeito pelo carácter vinculativo de um acórdão prejudicial anterior do TJUE. Em qualquer dessas situações, o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, nos termos referidos, assumirá acrescida importância, não só para a reposição da legalidade comunitária, como também para a garantia da tutela jurisdicional efetiva (em Portugal, consagrada como um direito fundamental pela Constituição), sobretudo nos Estados onde, como acontece em Portugal, ao particular não é reconhecido um amplo acesso à justiça constitucional, por exemplo, pela inexistência da queixa constitucional do tipo da *Verfassungsbeschwerde*, do Direito alemão, ou do *recurso de amparo*, do Direito espanhol.

e o *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2009, e, da mesma Autora, *Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2009, pgs. 265 e segs.

8 Questões Finais

Este artigo já vai longo mas ainda nos iremos referir a duas matérias em que o Direito da União Europeia vem influenciar a actividade administrativa dos Estados.

A primeira é a subsidiariedade. O princípio da subsidiariedade rege as relações entre a União e os Estados na matéria das atribuições que os Tratados não tenham reservado em exclusivo à União, com exclusão dos Estados, isto é, as atribuições elencadas no artigo 3º do TFUE. O que quer dizer que aquele princípio rege as atribuições concorrentes ou partilhadas entre a União e os Estados, a que se refere o artigo 4º do TFUE, as atribuições de orientação e coordenação da União, disciplinadas no artigo 5º do mesmo Tratado, e as de apoio, coordenação e complemento por parte da União, a que se refere o artigo 6º também do TFUE. Pelo princípio da subsidiariedade, e pelo modo como ele se encontra definido no artigo 5º, nº 3 do TUE, na prossecução dessas atribuições cabe a primazia aos Estados, só podendo a União intervir quando ela demonstrar que os Estados não são capazes de o fazer de modo suficiente e ela é capaz de o fazer de modo melhor.

Este princípio foi introduzido nos Tratados da União pelo Tratado de Maastricht, de 1993, e foi então objecto de dois estudos desenvolvidos da nossa parte⁴³.

Ao alargarem a competência dos Estados por esta via (enquanto eles se mostrarem capazes de levar a cabo, por si, as respectivas atribuições que em princípio cabem à União) os Tratados estão também a alargar o âmbito da actividade administrativa dos Estados e, por isso, do respectivo Direito Administrativo nacional. Ou seja, para além da actividade administrativa que cada Estado pode e deve levar a cabo por força da respectiva Constituição, ele pode e deve realizar também a actividade administrativa que se mostre necessária à satisfação das atribuições que, sendo da União, ficam prioritariamente a seu cargo por força do princípio da subsidiariedade. Isso significa que a subsidiariedade alarga o domínio material das competências, inclusive administrativas, do Estado.

A segunda matéria é a da boa administração.

⁴³ *Das Subsidiaritätsprinzip im EG-Recht nach Maastricht*, in Tomuschat, Kötz and von Maydell (eds.), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, Colónia, 1994, pgs. 335e segs.; e *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 1995.

A boa administração nasceu como um dever imposto à Administração Pública e foi uma criação da doutrina italiana no princípio do século passado, especialmente de Zanobini⁴⁴. Foi depois consagrada no artigo 97º, parágrafo 2, da Constituição italiana de 1948 como “bom andamento” da Administração. Discutiu-se mais tarde na doutrina de muitos Estados se era um *dever* da Administração para com os administrados, um *direito* destes perante a Administração ou um mero *princípio geral* de Direito Administrativo.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, no seu artigo 41º na versão em que ela foi integrada no Tratado de Lisboa, veio reconhecer aos cidadãos europeus um “direito à boa administração” da parte da Administração da União. Ao nível dos Estados membros, a doutrina de muitos Estados passou a questionar se o mesmo direito não devia ser reconhecido também aos cidadãos nacionais quanto à respetiva Administração estadual. O artigo 5º do novo CPA português, de 2015, antecipou-se ao Direito ordinário dos demais Estados e veio criar o “princípio da boa administração” no elenco dos “princípios gerais da atividade administrativa”, dispondo, como seu conteúdo, que “A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade”⁴⁵. Para nós, existe hoje um verdadeiro direito dos administrados à boa administração e chegou a altura de a doutrina e o Legislador terem a coragem de o afirmar.

José Luis Meilán Gil, nos últimos anos da sua vida, dedicou grande atenção à boa administração: primeiro, em 2013, num excelente artigo publicado numa revista em Espanha⁴⁶; depois, em 2016, num estudo muito desenvolvido e de elevado nível científico, publicado em Portugal, ainda por cima escrito em nossa honra, o que nunca poderemos esquecer⁴⁷. Ao terminarmos este trabalho é-nos muito grato acentuar que esses dois estudos têm a marca indelével do grande Mestre que foi Meilán, que todos nós recordamos com muita saudade e cuja ausência entre nós muito sentimos.

44 *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milão, Giuffrè, 1936.

45 Ver o nosso comentário a esse artigo na obra coletiva *Comentários...*, atrás citada, pgs. 23 e segs..

46 *La buena administración como institución jurídica*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 87, 2013.

47 *La “Buena Administración” como Derecho Fundamental en la Carta de la UE y su Invocación en los Estados Miembros*, in *Liber amicorum Fausto de Quadros*, vol.I, Coimbra, Almedina, 2016, pgs. 913 e segs..

El Perenne Dilema entre el Control y la Discreción Administrativa en el Sistema Jurídico Norteamericano

Javier A. Echevarría Vargas*

Resulta constitucionalmente forzoso concluir que nuestro Ordenamiento Jurídico debe detentar una adecuada garantía de vigilancia y de control sobre el imprescindible ejercicio de poder que ejercen las agencias administrativas. La legitimidad administrativa depende de su adecuada supervisión y control, ello como resultado de la realidad de que debe ser apropiadamente fiscalizada la vasta autoridad investida en las entidades administrativas con el objetivo de garantizar que ese delegado poderío no se ejecute de manera irrestricta, arbitraria o caprichosa. Ese deber cautelar se le reconoce a las tres (3) ramas constitucionales de gobierno y se manifiesta de diversas formas y maneras, configurando un sustancial entramado jurídico orientado a validar la propia existencia del Derecho Administrativo.

Se encuentra ampliamente reconocido que resulta inevitable delegar potestades a las agencias administrativas pues éstas poseen los recursos, el conocimiento especializado y la flexibilidad necesaria para afinar los contornos de la política pública, así como para eventualmente ejecutarla. No obstante, la legitimidad del poder legislativo se halla severamente cuestionada como derivado de objeciones relativas al diseño constitucional norteamericano. Incluso, la adopción de decisiones y la formulación de políticas administrativas se considera como estando más cerca de la política, que lo que se encuentra del conocimiento especializado y de la ciencia.¹ Como su derivado se arguye que el poder administrativo debe ser validado y legitimado mediante la supervisión y

* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 *Presidential Administration*, Elena Kagan, 114 *Harvard Law Review*, 2245, 2262 (2001).

el incisivo control de las acciones ejecutadas por las entidades administrativas. Esa sanción va dirigida a legitimar el poder administrativo y el promover la más adecuada consecución del interés público.

Desde esa perspectiva se debe entender que la acción de control de la Rama Judicial es la más significativa intervención y se ejecuta mediante la acción de la Revisión Judicial que cristaliza los objetivos de cotejar el ejercicio de las facultades delegadas. *Michigan v. Environmental Protection Agency*, 576 U.S. ___ (2015). Por su parte, también se identifica el modelo del control del Presidente el que se fundamenta en la responsabilidad que le es investida a ese Primer Ejecutivo para delinear y ejecutar la política pública del Estado. Equivalentemente, el control congresional deriva de la capacidad para adoptar legislación, el ejercicio del poder presupuestario y las investigaciones legislativas.

Con independencia de la valía del interés público que puedan representar las agencias administrativas, la estructura constitucional estadounidense no puede tolerar la existencia de un poder autónomo de burócratas no electos. Por otro lado, la inquietud de la legitimidad no debe constituir un impertinente lastre al adecuado ejercicio de plenas facultades administrativas. Como resultado de dichos componentes se plantea una coyuntura donde se intersecan las actividades de adecuado control con la de resguardo de la apropiada gestión administrativa; valores que deben ser debidamente armonizados.

1 El Derecho Administrativo dentro del Ordenamiento Constitucional

El Ordenamiento Constitucional norteamericano instaura tres (3) custodios del poder político. Conforme dispone el Artículo I de la Constitución de Estados Unidos, el Congreso se encuentra investido con la autoridad para adoptar las leyes sobre unos temas específicos.² Afín con el Artículo II, el Presidente detenta el poder ejecutivo el cual incluye la función de garantizar el que las disposiciones de ley sean fielmente ejecutadas.³ Por su parte, bajo el Artículo III se establece un Tribunal Supremo con la facultad judicial para atender y adjudicar ciertos tipos de casos y controversias.⁴

² Artículo I Secciones 1, 8.

³ "Take Care that the Laws be faithfully executed."

⁴ Artículo III, Secciones 1, 2.

La referida estructura constitucional constituye la médula del sistema republicano de gobierno, siendo complementada por el Sistema de Pesos y Contrapesos, el cual va dirigido a instaurar la significativa tarea de compartir y compensar los poderes políticos. El afán común de ambos preceptos es el de imposibilitar la tiranía gubernamental y prevenir la concentración de poder. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 122 (1976). La intensa interacción de estos delineados notables factores ha creado el escenario ideal para el nacimiento y el amplio desarrollo del Derecho Administrativo.

2 Delegación de Poderes

La plataforma primaria de donde emana el diseño del Estado Administrativo lo constituye la delegación de autoridad. Ese acto de asignación de autoridad se fundamenta en la aspiración de lograr apartarse de los escollos estructurares inherentes al proceso legislativo. Así, se inserta el sustancial valor de que las normas dispositivas sean adoptadas con la flexibilidad y el conocimiento especializado necesario para que la pauta eventualmente adoptada constituya una eficiente medida preceptiva. Ese ejercicio de la acción de delegación se manifiesta como un complemento de la función legislativa. Conforme con ello, las instituciones administrativas adquieren capacidad para ejercer funciones originalmente visualizadas como de naturaleza legislativa incluyendo la facultad para trazar la formulación de política pública.

El grado y la naturaleza de la delegación presentan legítimas interrogantes y cuestionamientos sobre la validez constitucional de las referidas delegaciones de poder. Aun cuando no existe una expresa disposición constitucional que prohíba la delegación de autoridad, esa es una válida conclusión que podría derivar al arreglo republicano de gobierno. Entre ese resquemor se destaca el argumento de que no es procedente delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo pues es al Congreso a quien el Artículo I de la Constitución le confiere todos los poderes legislativos.⁵ Ese ejercicio de delegación no sólo significaría una impropia e ilegítima concentración de poderes, sino que contraría postulados fundamentales de naturaleza democrática pues le confiere poder legislativo a funcionarios no electos. La filosofía jurídica derivada de la normativa

⁵ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 371-372 (1989).

jurisprudencial arroja el resultado teórico de que no es procedente la delegación de poderes.⁶

No obstante, ese principio de “no delegación” ha quedado prácticamente soslayado pues reiteradamente el Tribunal Supremo ha validado la acción legislativa dirigida a delegar la autoridad legislativa en las agencias administrativas. Ello es el resultado de la interpretación judicial que establece que, cuando el Poder Ejecutivo instaura una política pública mediante el ejercicio de “llenar un vacío”, el Ejecutivo se encuentra ejecutando una función cobijada bajo el alcance del Artículo II de la Constitución, y no bajo el Artículo I.⁷ Conforme con la extensa normativa jurisprudencial sólo resulta necesario que el Congreso adopte un “principio inteligible” para gobernar el adecuado ejercicio de la autoridad legislativa.⁸ Como cuestión de realidad, el Tribunal Supremo sólo ha encontrado impropia la delegación de autoridad en dos (2) casos que se remontan al año 1935 que lo fueron *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) y, *Panama Refining v. Ryan*, 293 U.S. 361 (1935). Además, el Tribunal Supremo ha validado la adopción de normas administrativas vinculantes en ánimo de concretar un “interés público.”⁹

3 Legitimación del Poder Administrativo

Como directa consecuencia de la prevaleciente normativa jurisprudencial, se consigna la visión de respetar la determinación congresional relativa a la asignación de potestades a las agencias administrativas indicando una posición de que, “[Nosotros] casi nunca nos hemos sentido cualificados para cuestionar al Congreso en relación con el grado de juicio político que se puede delegar a quienes ejecutan o aplican la ley.” *Whitman v. American Trucking Ass*, 531 U.S. 457, 474 (2001).¹⁰

6 El Tribunal Supremo ha afirmado que, “[I]t is a breach of the National fundamental law if Congress gives up its legislative power and transfers it to the President, or to the Judicial branch.” *J.W Hampton v. United States*, 276 U.S. 394, 406 (1928). “That Congress cannot delegate legislative power ... is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution.” *Field v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892).

7 *Whitman v. American Trucking Ass*, 531 U.S. 457, 474-476 (2001).

8 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 371-372 (1989).

9 *National Broad Co. v. United States*, 319 U.S. 190, 225-226 (1943); *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414, 420 (1944).

10 “[W]e have almost never felt qualified to second-guess Congress regarding the permissible degree of policy judgment that can be left to those executing or applying the law.” *Whitman v. American Trucking Ass.*, 531 U.S. 457, 474(2001).

No obstante, esa laxa interpretación jurisprudencial posee la consecuencia de que el ejercicio de la referida autoridad delegada debe estar sujeto a una estrecha supervisión y control con el ánimo de que la misma sea efectuada de una manera adecuada, fidedigna y legítima. Así resulta que el poder administrativo debe ser validado mediante apropiados mecanismos de vigilancia y de cautela, tornando a los poderes constitucionales en perennes centinelas del ejercicio de la actividad administrativa. De esa manera, el ortodoxo debate con relación a la capacidad para delegar poderes ha evolucionado y trascendido para tornarse en una ponderación sobre la aplicación de la teoría relativa a la existencia del postulado jurídico relativo a “pesos y contrapesos.”¹¹ Este principio parte del reconocimiento de que nunca ha existido la absoluta separación de poderes y nunca se pretendió que existiera.

El original postulado concerniente a la capacidad para la delegación de autoridad, según delineada por John Locke, exponía que los legisladores carecían de la autoridad para delegar sus poderes legislativos.¹² No obstante, los redactores de la Constitución de Estados Unidos rechazaron esa estricta noción de separación y la sustituyeron por la visión de imposibilitar que una rama constitucional ejerciera el pleno poder de otra rama constitucional.¹³

A partir esa perspectiva observamos que, desde los albores de la Constitución norteamericana, no se ambicionó que las ramas de gobierno constitucional trabajaran en el vacío, totalmente apartadas e independientes entre sí. Por el contrario, esas ramas constitucionales se encuentran en intensa recíproca interacción. *Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). De esa manera se concreta la forma y manera de vigilancia recíproca partiendo de la premisa esbozada por James Madison quien afirmó que:

11 “Check and balance.”

12 John Locke, *The Second Treatise of Government* 141, en *Two Treatises of Government*, 408-409. “The power of the Legislative being derived from the People by positive voluntary Grant and Institution, can be no other, than what that positive Grant conveyed, which being only to make Laws, and nor to make Legislators, the Legislative can have no power to transfer their Authority of makings Laws, and place it in other hands,”

13 James Madison, *The Federalist*, Número 47, “The powers properly belonging to one of the departments ought not be directly and completely administered by either of the other departments.” Esa visión fue expuesta por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el que manifestó que, “[T]he Constitution by no means contemplates total separation of each of these three essential branches of Government . . . [A] hermetic sealing off of the three branches of Government from one another would preclude the establishment of a Nation capable of governing itself effectively.” *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 121 (1976).

“Si los hombres fueran ángeles, no sería necesario el gobierno. Si los ángeles gobernarán a los hombres, no serían necesarios controles externos ni internos sobre el gobierno. Al enmarcar un gobierno que debe ser administrado por hombres sobre hombres, la gran dificultad radica en esto: primero debe permitir que el gobierno controle a los gobernados; Y en siguiente lugar, obligarlo a controlarse.”¹⁴

4 Misión de Legitimación

Resulta fundamental la legitimación del poder administrativo, el que ha adquirido características de un cuarto poder constitucional.¹⁵ No obstante, esa validación no debe entenderse como un fin por sí mismo. Una inflamada e irrestricta imposición de esa visión podría tener como consecuencia menoscabar las significativas virtudes del Derecho Administrativo. Acorde con esto, se debe identificar y promover una interacción que lleve a conciliar, por un lado el interés de legitimación, con el objetivo de la flexibilidad y de la imprescindible discreción para concretar el interés público. El resultado de esa dinámica nos presenta valores que no son mutuamente excluyentes pero que tampoco son interdependientes. Por el contrario, parecen constituir contrapartes de un mismo proyecto.

Surge como elemento distintivo de la necesidad de legitimar, tanto la estructura como las acciones administrativas, el reconocimiento de un espacio vital para accionar en consecución del objetivo de materializar las facultades delegadas. Así, es axiomático que el intenso control no debe conllevar el absoluto control. Una implacable necesidad de legitimar podría representar el inclemente menosprecio de los mismos valores que inspiran la existencia del estado administrativo.

No obstante, la inercia o la debilidad de una efectiva supervisión podría tener la consecuencia de constituir un incentivo para que las instituciones administrativas pudiesen sentirse proclives a trocar su discreción en arbitrariedad, así contrariando sus objetivos públicos. Como su resultado, la faena de “llenar el vacío” dispararía su naturaleza y se podría transformar en usurpación de poder.

14 “If Men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and the next place, oblige it to control itself.” *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*, *The Federalist Papers*, Núm. 51.

15 *FTC v. Ruberoid Co.* 343 U.S. 470, 487 (1952).

Acorde con ello surge la conclusión de que una intensa fiscalización promueve la legitimación, pero ello en patente menosprecio de la promoción de la consecución del interés público que pudiese ser promovido por la autonomía y la discreción administrativa. En otro extremo, la ausencia de fiscalización puede interpretarse como la abdicación de los poderes constitucionales conferidos a las ramas de gobierno. De esa inquietud surge el planteamiento de que resulta imprescindible la fiscalización, y la interrogante se reduce a definir el grado y las características de dicho control. La búsqueda del fino equilibrio es la pregunta; y, la respuesta a esa pregunta es compleja y enigmática.

De esa manera resulta que es inversamente proporcional el valor de la fiscalización confrontado con el valor del control. En un esfuerzo de trazar los contornos de ese delicado balance, por un lado se debe establecer que la dilatada delegación de poderes parece desdeñar el postulado constitucional de un sistema republicano de gobierno. En contraposición a ello, se puede concluir que se haría complejo materializar los objetivos del Estado sin adoptar el mecanismo de viabilizar el amplio ejercicio de autoridad mediante la creación de un aparato administrativo. Así, resulta que ineludiblemente se requiere un componente de delegación de potestades para satisfacer las funciones y la concreción de los valores públicos. Una vez delegada esa autoridad y constituido ese entramado administrativo, surge que el ejercicio de ese poder se materializará conforme con las características y las funciones de la entidad administrativa concernida. Ejemplifica el descrito escenario aquellas ocasiones en la que identificamos agencias administrativas detentando funciones altamente especializadas sobre asuntos que conllevan determinaciones científicas donde podemos concluir que el despliegue de un juicio revisacional decrece mientras más especializado el asunto bajo su jurisdicción. *Industrial Union Dept. v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980) (*Benzene Case*).¹⁶ En contraste, en compensación a la

¹⁶ Delegación de autoridad al *Occupational Safety and Health Administration* para "assure, to the extent feasible ... that no employee will suffer material impairment of health or functional capacity." 29 USC 655(b)(5). Conforme con dicha delegación de poder, la agencia promulgó una regla para que la industria limitara el uso de bencina en el lugar de trabajo a una cantidad no mayor de una parte de bencina en un millón de partes de aire. Se argumentó por la industria que resultaría excesivamente costoso cumplir con esa exigencia administrativa sin que ello resultara en ningún beneficio significativo para los empleados. La decisión pluralista del tribunal revocó el reglamento pero validó la ley. El Tribunal Supremo Federal concluyó que, a pesar de que la delegación era válida, el reglamento no lo era pues previa a la promulgación de la regla la agencia no había llegado a la determinación fáctica de que cantidades mayores de bencina representaban un riesgo significativo. De esta forma, el defecto de la reglamentación adoptada fue que la agencia no pudo

ausencia de control del Ejecutivo sobre las agencias administrativas independientes, tanto el Poder Legislativo como el Judicial podrían poseer mayor grado de supervisión cuando se enfrente al ejercicio de autoridad por parte de esas entidades independientes.

5 Control Ejecutivo

Resulta indispensable el control de las agencias administrativas por parte del Poder Ejecutivo. En la medida en que se acrecienta el número de las entidades gubernamentales, equitativamente se amplía la necesidad de la supervisión y de la continua e incesante vigilancia de las susodichas instituciones.

La necesidad de supervisión y de control del Poder Ejecutivo se incrementa y se agudiza ante la visión de que las agencias administrativas detentan la facultad de prescribir la política pública del Estado. Desde la perspectiva de la Constitución, ello se justifica pues el Presidente posee la responsabilidad de vigilar el que las leyes se ejecuten adecuada y fielmente.¹⁷

5.1 Poder de Designación de Jefes de Agencias

Las particularidades de control ejercidas por el Presidente son fundamentalmente divisables al observar el poder constitucional para designar los jefes de las agencias administrativas. Como característica de esa autoridad se identifica la capacidad para nombrar funcionarios comprometidos con promover la agenda política del Presidente. Como significativo complemento de esa autoridad se le identifica la plena autoridad para la remoción de los funcionarios designados.¹⁸

Con respecto a esa función, el Tribunal Supremo federal efectúa una diferenciación entre entre los “*officers of the United States*” y los “*inferior officers*.” En ese sentido los “*officers of the United States*” son funcionarios federales que poseen autoridad significativa y serán designados por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado. Véase, *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988); y, *Buckley v. Valeo*, 424

establecer la existencia de un hallazgo de riesgo significativo de daño según era el objetivo que pretendía lograrse mediante la delegación de autoridad legislativa.

17 “*Take Care that the Laws be faithfully executed.*” Artículo II, Sección 3 de la Constitución de Estados Unidos.

18 *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

U.S. 1 (1976). Esa dicotomía continúa generando controversias y opiniones encontradas quedando múltiples incógnitas por resolver. Véase, *Edmond v. United States*, 520 U.S. 651 (1997); y, *Freytag v. Commissioner of Internal Revenue*, 501 U.S. 868 (1991).

Por otro lado, en la academia jurídica se disputa la interpretación sobre el establecimiento de una política pública. Podría válidamente argumentarse que cuando el Congreso delega poderes a las agencias administrativas, éste posee la intención de que esas instituciones ejerzan la autoridad que le es delegada. No obstante, al los jefes de las agencias administrativas insertarse en la Rama Ejecutiva, indudablemente se subordinan a la jerarquía presidencial por lo que forzosamente responderán a las visiones, los enfoques y las perspectivas del Primer Ejecutivo. Ello lleva a la conclusión de que no resulta constitucionalmente tolerable que el Poder Legislativo pretenda relevar de sus funciones a un funcionario que ejerce funciones como jefe de una institución administrativa. Véase, *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).¹⁹

5.2 Cláusula Constitucional de Opiniones

Otra modalidad de control presidencial dimana de la cláusula constitucional de “Opiniones” contenida en el Artículo 11, Sección 2 de la Constitución de Estados Unidos. Esta disposición constitucional posibilita que el Presidente pueda requerir una opinión escrita al “principal Oficial de cada uno de los departamentos ejecutivos sobre cualquier asunto relacionado con los deberes de sus cargos.”²⁰

Aun cuando podría parecer que esa acción constituye un poder inherente del Presidente, esa capacidad se incluyó de manera expresa y literal en la Constitución de Estados Unidos posiblemente con el objetivo de despejar cualquier potencial duda sobre esa autoridad. Además, esa cláusula constitucional materializa el objetivo de orientar sus decisiones de manera cabalmente informada, así como vincular a los jefes de agencia con una posición específica y oficial.

19 Opinión del Tribunal Supremo de Estados Unidos que declaró inconstitucional la disposición de la *Ley Gramm-Rudman-Hollings*, que le otorgaba autoridad al Congreso para remover de su cargo al Comptroller General. Public Law 99-177.

20 “The President ... may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices...”

5.3 Órdenes Ejecutivas

Las órdenes ejecutivas son una directiva emitida por el Presidente que obliga a las agencias administrativas y que poseen fuerza de ley. Aun cuando no existe una disposición constitucional específica para acreditar su existencia, su validación puede ser identificada en el Artículo II, Sección 3, de la Constitución, el que viabiliza que el Primer Ejecutivo, “*Take Care that the Laws be faithfully executed.*” En función del susodicho mecanismo se pretende materializar la tarea del Ejecutivo de conferirle contorno y de viabilizar el cumplimiento con las disposiciones legales adoptadas por el Congreso.

Estas Órdenes Ejecutivas constituyen la manera más directa de ejercer el poder presidencial sobre las agencias administrativas. La validez de estas normas dependerá de que las mismas deriven de una disposición legislativa o de la Constitución. *Youngtown Sheet and Tube v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).²¹ Los términos y el alcance de las Órdenes Ejecutivas será validado en la medida en que la misma derive de una concesión de poder y de autoridad constitucional o legislativa. *Jenkins v. Collard*, 145 U.S. 546 (1892). Igualmente se puede entender que es una facultad derivada de sus poderes inherentes como Presidente. Véase, *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890).²²

Ese ejercicio de autoridad ejecutiva ha encontrado amplia deferencia ante los tribunales de justicia, restringiendo éstos de arribar a interpretaciones que tengan el efecto de diluir el ejercicio de ese poder ejecutivo.²³

5.4 Ejercicio de Control sobre Entidades Independientes

La amplia capacidad de control y de supervisión del Presidente, no se extiende a las agencias independientes del gobierno que detentan autonomía operacional. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).

21 Este mecanismo ha sido frecuentemente utilizado para viabilizar una política pública, posiblemente siendo la más notoria la Proclama de Emancipación, de 22 de septiembre de 1862 y enmendada el 1 de enero de 1863, mediante la que se declaró la abolición de la esclavitud en Estados Unidos.

22 Donde se confirmó la existencia de los poderes inherentes del Presidente para ejercer sus deberes y sus responsabilidades.

23 Véase John C. Duncan, “*A Critical Consideration of Executive Orders: Glimmerings of Autopoiesis in the Executive Role,*” 35 Vt. L. Rev. 333, 337 (2010).

Ejemplificante de esa menguada capacidad es que no es ilimitado el poder de remoción que ostenta el Presidente, pues el Congreso puede establecer limitaciones en aquellas ocasiones en que los funcionarios no realicen funciones exclusivamente ejecutivas. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). La creación de las agencias administrativas independientes surge como reacción a la ambición del Poder Legislativo de instaurar entidades administrativas aisladas del ámbito de autoridad del Poder Ejecutivo. Ese interés se pretende materializar al privar al Ejecutivo de la capacidad para remover los jefes de las susodichas agencias administrativas. Controversias de esa naturaleza se develan desde los albores de la disciplina jurídica del Derecho Administrativo. Véase, *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926);²⁴ *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935);²⁵ *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958).²⁶

Por su parte, el Tribunal Supremo vinculó la autoridad de remoción de funcionarios con las responsabilidades presidenciales al indicar que, “la verdadera cuestión es si las restricciones de remoción son de tal naturaleza que obstaculizan la capacidad del Presidente para cumplir con su deber constitucional [velar por que la Ley se ejecute fielmente], y las funciones de los funcionarios en cuestión deben analizarse bajo esa luz.”²⁷ *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 691 (1988).

Esta visión deriva de que en algunas ocasiones el Congreso conceptualiza agencias administrativas independientes con el intencionado propósito de atender aspectos técnicos, complejos y científicos separándolas de la influencia del Poder Ejecutivo. Esa finalidad de reducir el mando del Presidente se busca mediante el mecanismo de establecer limitaciones a su capacidad de remover a los jefes de esas instituciones. Sobre este aspecto se ha manifestado que “la limitación congresional al poder presidencial de remover los jefes de las agencias... está diseñado para prevenir que el Presidente ejerza una ‘influencia coercitiva’ sobre

24 El Presidente posee el poder inherente de remover funcionarios en virtud de “*his constitutional duty of seeing that the laws be faithfully executed.*”

25 “*The authority of Congress, in creating quasi-legislative or quasi-judicial agencies, to require them to act in discharge of their duties independently of executive control cannot well be doubted, and that authority includes, as an appropriate incident, power to fix the period during which they shall continue in office, and to forbid their removal except for cause in the meantime.*”

26 “*Thus, the most reliable factor for drawing an inference regarding the President's power of removal ... is the nature of the function that Congress vested...*”

27 “*The real question is whether the removal restrictions are such a nature that they impede the President's ability to perform his constitutional duty [to take care that the Law be faithfully executed], and the functions of the officials in question must be analyzed in that light.*”

las agencias independientes.” *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 410-411 (1989).²⁸

Entre las razones para la creación de esas instituciones independientes se puede identificar la aspiración de despolitizar una agencia creada para lidiar con situaciones, problemas y retos específicos. Esa es la conclusión a la que se puede arribar razonando que al atenuar la influencia del Presidente, las agencias poseen mayor autonomía para establecer una política pública fundamentada en motivos científicos o técnicos. *Humphrey’s Executor v. U.S.*, 295 U.S. 602, 625-626 (1935).

6 Control Legislativo

Es una consecuencia lógica y racional concluir que el control legislativo constituye una ineludible condición para validar la legitimidad de las agencias administrativas. La principal fuente de autoridad para controlar la autoridad y las acciones de las agencias administrativas se identifica en la capacidad para anular o modificar la política administrativa. Esa acción podría ser efectuada mediante la aprobación, revocación o las enmiendas de las leyes de donde deriva la autoridad para actuar. No obstante, esta acción legislativa sólo podría tener efectos de naturaleza prospectivos.

Además, el Congreso detenta el poder monetario según dispuesto en el Artículo I, Sección 9, Cláusula 7 de la Constitución, el que establece, “que ningún dinero se extraerá del tesoro, sino como consecuencia de las asignaciones efectuadas por la ley...”²⁹ Los tribunales reiteradamente han reconocido la significativa importancia de esta disposición constitucional indicando que ésta, “*was intended as a restriction upon the disbursing authority of the Executive department.*” *Cincinnati Soap Co. v. United States*, 301 U.S. 308, 321 (1937). No obstante, en la actualidad se puede esgrimir que el Congreso ha abdicado mucho de ese poder económico a favor de la Rama Ejecutiva o que la utilización de ese poder se tiende a ejecutar se manera muy esporádico y puntual.³⁰

28 “[C]ongresional limitation on the President’s removal power ... is specifically crafted to prevent the President from exercising ‘coercive influence’ over independent agencies.”

29 “No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law ...”

30 Véase, Luis Fisher, *Congressional Abdication: War and Spending Powers*, 43 St. Louis U.L.J. 931, 932 (1999).

6.1 La Autoridad de Vigilancia (*Oversight*)

Ninguna disposición constitucional de manera expresa autoriza el ejercicio poder investigativo por parte del Congreso. Sin embargo, reiteradamente se ha interpretado que esa facultad es una de naturaleza inherente a la función legislativa. De esa manera ha sido interpretado desde épocas tempranas que:

“We are of the opinion that the power of inquiry—with process to enforce it—is an essential and appropriate auxiliary to the legislative function. It was so regarded and employed in American Legislatures before the Constitution was framed and ratified... A legislative body cannot legislate wisely or effectively in the absence of information respecting the conditions which the legislation is intended to affect or change; and where the legislative body does not itself possess the requisite information—which not infrequently is true—recourse must be had to others who possess it. Experience has taught that mere requests for such information often are unavailing, and also that information which is volunteered is not always accurate or complete; so some means of compulsion are essential to obtain what is needed. All this was true before and when the Constitution was framed and adopted. In that period the power of inquiry—with enforcing process—was regarded and employed as a necessary and appropriate attribute of the power to legislate—indeed, was treated as inhering in it. Thus there is ample warrant for thinking, as we do, that the constitutional provisions which commit the legislative function to the two houses are intended to include this attribute to the end that the function may be effectively exercised.” *McGrain v. Daugherty*, 273 U.S. 135, 174-175 (1927).³¹

No obstante, a pesar de su amplia extensión y alcance, ese poder investigativo detentado por el Poder Legislativo, éste solo puede ser utilizado “*in aid of the legislative function.*” *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168, 189 (1881).

Otra modalidad de control legislativo lo constituyen los procedimientos investigativos generados por los diversos comités congresionales. El ejercicio del susodicho procedimiento parece ser efectivo pues opera desligado de las férreas exigencias procesales inherentes al proceso legislativo bicameral. Como consecuencia de ello, se puede influenciar la conducta y las visiones de las agencias administrativas. No obstante,

³¹ Véase también, *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957); *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Eastland v. United States Servicemen’s Fund*, 421 U.S. 491 (1975).

esa cualidad adolece del defecto de menoscabar el bicameralismo y descartar el proceso legislativo. El eventual efecto de ese proceso es que se controla y supervisa las acciones de las entidades administrativas por una fracción del cuerpo legislativo en abstracción del procedimiento legislativo instaurado en la Constitución. Además, aun cuando el procedimiento ante los Comités congresionales puede tener el efecto de influenciar el comportamiento de las agencias administrativas, esas acciones amenazan la legitimidad constitucional de su consecuencia.

6.2 Congressional Review Act

Además de lo anterior, a través de la *Congressional Review Act*, 5 USC 801-808, el Congreso se encuentra capacitado para invalidar una regla administrativa mediante la aprobación de una Resolución Conjunta sin que resulte necesario alterar el lenguaje de la ley. Esta disposición legal faculta al Congreso a revisar, mediante un proceso legislativo acelerado, las nuevas reglamentaciones federales emitidas por agencias gubernamentales y, mediante la aprobación de una Resolución Conjunta, anular una reglamentación.

Una vez se deroga una regla administrativa, se prohíbe la reemisión de la regla sustancialmente de la misma forma o la emisión de una nueva regla que sea esencialmente la misma “a menos que la nueva norma sea autorizada específicamente por una ley promulgada después de la fecha de la resolución conjunta que desaprueba la regla original.” Para la consumación de ese proceso legislativo el Congreso tiene un término de tiempo de sesenta (60) días para rechazar cualquier reglamento o de lo contrario, la regla entrará en vigor al final de este período de tiempo.

6.3 Re-enactment

La doctrina del *re-enactment* va dirigida a reconocer el establecimiento de un estado de derecho que surge de la presunción del aval conferido por el Poder Legislativo a la interpretación que le ha otorgado una agencia administrativa a una disposición legal que se encuentra a su cargo. En esas ocasiones se identifica una norma jurídica que ha sido revisada o enmendada por el Poder Legislativo y éste mantiene intacta, o no efectúa cambios sustanciales a las pautas adoptadas por la agencia administrativa. Así se concluye que el Poder Legislativo valida

la interpretación agencial adoptada por la entidad administrativa. *Lorillard v. Pons*, 434 U.S. 575 (1980). Sobre ello se expresa, “bajo estas circunstancias, es un supuesto razonable que, al volver a promulgarse sin modificación pertinente la disposición con la que tratamos aquí, el Congreso aceptó la interpretación efectuada al respecto por la Junta y aprobada por los tribunales.”³² *Labor Board v. Gullett Gin Co.*, 340 U.S. 361, 366 (1951).

Por el contrario, los tribunales de justicia no están investidos de autoridad para aplicar la doctrina de *re-enactment* en aquellas ocasiones en las cuales el Congreso está consciente de la interpretación administrativa y modifica el contenido de la ley de referencia. *Solid Waste Agency v. U.S. Army Corps*, 531 U.S. 159, 169-170 (2001); *U.S. v. Riverside Bayview Homes*, 474 U.S. 121, 137 (1985); *Aaron v. SEC*, 446 U.S. 680, 694 n. 11 (1980).

Como derivado de esta doctrina jurisprudencial, nos encontramos con el paradójico resultado de que la inacción legislativa adquiere la consecuencia de validar una acción administrativa. Por su consecuencia, la inacción (legislativa) tiene el efecto de confirmar una acción (administrativa).

6.4 Veto Congresional

El fundamento que justifica la posibilidad del Veto Legislativo radica en identificar que el susodicho mecanismo garantiza la integridad del poder congresional. Acorde con lo expuesto se visualiza que la Rama Legislativa cederá una porción de sus poderes y sus facultades, a cambio de retener la decisión final sobre determinaciones administrativas. Acorde con ello, la teoría que ampara el veto legislativo radica en la cesión de potestades con la salvaguarda de reservarse la última expresión.³³

Con respecto al ejercicio de control, la voluntad del Congreso no necesariamente representa la palabra final. El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha determinado que el Congreso no puede pretender reservarse el absoluto derecho de vetar acciones administrativas. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). Esos intentos de control no se pueden

³² “Under these circumstances, it is a fair assumption that, by reenacting without pertinent modification the provision with which we here deal, Congress accepted the construction placed thereon by the Board and approved by the courts.”

³³ Véase Opinión Disidente del Juez Asociado Byron White en *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 974 (1983).

procurar alcanzar separándose del fiel apego al procedimiento bicameral. La susodicha norma jurisprudencial abolió la precedente trayectoria congresional dirigida a establecer la posibilidad de que la Rama Legislativa ejerciera la capacidad para vetar las decisiones agenciales, y de esa manera poder ejercer capacidad de controlar las acciones administrativas sin que resultara necesaria la aprobación de una ley.

7 Control Judicial

La versión más visible y férrea de control a las actividades de las agencias administrativas la encontramos en el control judicial mediante el mecanismo de la Revisión Judicial. Esta está definida como la acción del tribunal para evaluar la validez y efectividad de una decisión administrativa.

En la disciplina jurídica del Derecho Administrativo, la Revisión Judicial constituye la facultad que ostentan los tribunales de justicia para justipreciar la validez de un acto administrativo. Aun cuando en la Constitución de Estados Unidos no se dispone sobre la presencia de esa autoridad judicial, la misma se reconoce como un derivado natural de la estructura, las provisiones y la historia de la Constitución norteamericana.³⁴

Como máxima de la teoría de gobierno se manifiesta que el Poder Legislativo ha entendido necesario y conveniente delegar autoridad a las agencias administrativas con el propósito de atender una amplia variedad de retos y desafíos sociales. La premisa de esa delegación se encuentra predicada en la perspectiva de que las susodichas instituciones gubernamentales detentan un conocimiento especializado para lidiar con complejos temas de impacto público. Una parte significativa de ese modelo inserta la figura del Poder Judicial con el objetivo de garantizar que los poderes delegados puedan válidamente ser desplazados a las agencias administrativas y la potestad delegada se ejecute dentro de los legítimos límites de la autoridad concedida. Ese procedimiento de revisión judicial de una decisión administrativa forma parte de un trámite apelativo cuyo diseño responde al principio constitucional de mayor acceso a los tribunales.

³⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Esto implica que, a pesar de que la revisión judicial no constituye un derecho constitucional, si se puede enmarcar dentro de la gama de los principios constitucionales. Es precisamente a través de este mecanismo que el tribunal cumple con el mandato constitucional de velar por la legalidad de las acciones de las diversas entidades gubernamentales. Mediante ese procedimiento se controla la acción, o la inacción, de las agencias administrativas. Ciertamente es el control más directo que se puede imponer a las actuaciones administrativas.

El propósito primordial de dicha revisión judicial consiste en demarcar el ámbito de discreción de las agencias administrativas y cerciorarse que éstas ejecuten sus funciones de acuerdo con las disposiciones y el alcance de la ley. Esa evaluación judicial debe ser realizada con la visión del pleno resguardo de los valores fundamentales contenidos en nuestro entramado jurídico.

De esa manera, la revisión judicial aspira a que las agencias administrativas demuestren el razonamiento para sus decisiones y los hechos en los que fundamentan sus decisiones. Además, pretende que las decisiones agenciales se conformen al ámbito del poder y autoridad de las agencias y que sus decisiones sean legítimas. Los tribunales tienen el deber de fiscalizar rigurosamente las decisiones de las agencias administrativas para asegurar que éstas desempeñen cabalmente sus trascendentales funciones, y para que no se pierda la indispensable fe y confianza en las instituciones de gobierno. Así observamos que, acorde con su significado y su alcance, se puede entender que la Revisión Judicial constituye la última frontera para la fiscalización del adecuado y legítimo ejercicio del poder administrativo.

El ánimo de auscultar el concepto de la Revisión Judicial nos requiere recordar los orígenes del Derecho Administrativo. Así, observamos que al comienzo de la conceptualización de esa disciplina jurídica se reflejaron profundos y significativas aprensiones ante el legítimo recelo generado por razón de los amplios poderes y facultades con los que se investían a los funcionarios administrativos. Significativa desconfianza se forjó por la inquietud de lo que podía representar el crecimiento desmedido de estas instituciones ejecutivas, en patente detrimento de las otras ramas constitucionales de gobierno. Como consecuencia, desde una perspectiva analítica ortodoxa y tradicional no era posible concebir la validez de la idea de efectuar una delegación de poderes legislativos y adjudicativos en entes administrativos adscritos al Poder Ejecutivo.

No obstante, ese esquema de delegación de autoridad fue convalidado por los tribunales de justicia y desde ese momento el Derecho Administrativo se ha transformado y desarrollado hasta linderos significativos e imprevistos.

La filosofía sobre la que se sostiene y se valida el régimen administrativo fundamentalmente radica en la subordinación al sistema judicial. Conforme con ello se puede esgrimir que la delegación de funciones y facultades adjudicativas, si bien poseen razones importantes para justificarla y defenderla, necesariamente tienen que estar enmarcadas en nuestro arreglo y esquema constitucional para poder entenderse como válidas en el Ordenamiento Jurídico. Solo desde esa perspectiva de sumisión a la Rama Judicial es que puede validarse un cuerpo administrativo con potestad y capacidad para determinar derechos, prerrogativas y responsabilidades de ciudadanos. Se menoscabaría y degradaría el principio cardinal de determinación y de adjudicación de derechos y deberes en la medida en que el sistema administrativo no se encuentre cabalmente sometido al poder judicial. De esa manera no se puede pretender sostener y validar como un sistema normativo o adjudicativo de naturaleza paralelo. Acorde con lo expuesto, sería insostenible argumentar la validez de un foro administrativo instaurado con el propósito de imponer disposiciones normativas en sustitución del cuerpo legislativo o de interpretar la ley en sustitución de los tribunales de justicia, sin que exista la posibilidad de que las cortes de justicia pasen juicio sobre las interpretaciones legales a las que éstas arriben.

Como cuestión de hecho, resulta ineludible concluir que el cardinal principio de la Separación de Poderes requiere la existencia de la Revisión Judicial como mecanismo custodio y tutelar del adecuado y el razonable ejercicio de la Delegación de Poderes.

7.1 Orígenes

La génesis de este poder revisacional se puede identificar en la decisión del Tribunal Supremo federal de *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796), donde se pasó juicio sobre la validez constitucional de una ley congresional conocida como el *carriage tax*. Posteriormente el Tribunal de Estados Unidos resolvió *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) y, mediante esa opinión, por primera ocasión se

afirmó que el Poder Judicial posee la autoridad para declarar inconstitucionales las leyes federales.

En el área de Derecho Administrativo encontramos las primeras expresiones judiciales en el caso de *Scott v. Negro Ben*, 10 U.S. (6 Cranch) 3 (1810) donde el Tribunal Supremo caracterizó los deberes delegados al recaudador de arbitrios del *Custom Service* como deberes correspondientes a un “*quasi-judge*.” Posteriormente el Tribunal Supremo de Estados Unidos concluyó como válido que el Congreso delegara poder legislativo para permitir que las agencias administrativas reglamentaran diversas áreas del quehacer comunitario. *The Big Aurora*, 11 U.S. (7 Cranch) 1382 (1813). Como parte de estas iniciales decisiones jurisprudenciales también podemos identificar el caso de *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat) 1 (1825), donde el Tribunal Supremo federal resolvió que el Congreso federal puede delegar poderes que ostentan los tribunales de justicia.

De esa ascendencia, y su posterior desarrollo jurisprudencial, se manifiesta que el principio de la Revisión Judicial constituye parte integral de un trámite apelativo cuyo diseño responde al postulado constitucional del adecuado y cabal acceso a los tribunales de justicia. De ello se deriva que, aun cuando la revisión judicial no constituye un derecho constitucional, si se puede enmarcar dentro del entorno de los postulados constitucionales. *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971). Es mediante la revisión judicial que fundamentalmente se fiscaliza la acción, o la inacción, de las instituciones administrativas. El fundamental objetivo de dicho escrutinio judicial consiste en delimitar el contorno de discreción que detentan las agencias administrativas y cerciorarse que estas instituciones efectúen su desempeño de acuerdo con las disposiciones de ley. Como consecuencia de ese objetivo, se debe interpretar que la revisión judicial constituye el control más directo y contundente que se le puede imponer a las actuaciones administrativas.

7.2 Autoridad de las Agencias Administrativas Frente al Señorío de los Tribunales

La capacidad para ejercer el procedimiento de la revisión judicial se efectúa acorde con el amplio reconocimiento del señorío que ostentan las agencias administrativas para refinar los detalles de la determinación regulatoria adoptado por el Poder Legislativo con el ánimo de normar

áreas del quehacer social. Desde esa óptica evaluativa se puede concluir que las decisiones agenciales deben ser entendidas como correctas, y con fuerza de ley, a menos que con evidencia significativa se establezca que hubo mala fe o que existió una conducta indebida o impropia. *Camp v. Pitts*, 411 U.S. 138 (1990). Esto tiene la consecuencia de que mediante una disposición legislativa se puede conferir una amplia facultad a un funcionario administrativo para identificar las acciones adecuadas y razonables en contraposición de aquellas que pueden constituir conductas ilegítimas e improcedentes que conlleven la imposición de sanciones, gravámenes y penalidades.

Esa facultad para tomar decisiones, investida en los funcionarios administrativos, se encuentra supeditada al escrutinio legal mediante una eventual revisión judicial. Esto tiene el concreto y directo efecto de que serán los tribunales de justicia los que última y supremamente detentarán la autoridad final para determinar la legitimidad del poder delegado, así como también de su adecuado ejercicio. *Gegiow v. Uhl*, 239 U.S. 3 (1915). Como consecuencia directa de la referida premisa, se agrega que la ineludible discreción administrativa no debe ser livianamente sustituida por los tribunales de justicia. *Oceanic Steam Navigation Co. v. Stranahan*, 214 U. S. 320 (1909); *Passavant v. United States*, 148 U. S. 214 (1893); *Hampton & Co. v. United States*, 276 U. S. 394 (1928); *Zakonaite v. Wolf*, 226 U. S. 272 (1912).

De manera armónica con esta perspectiva, a través de disposiciones legales se puede conferir autoridad a las agencias administrativas para atribuir penalidades, sanciones o multas por la infracción de leyes o de reglamentos. Una vez otorgada esa potestad, su implantación y ejercicio debe regirse por escrupulosos parámetros de razonabilidad. *Butz v. Glover Livestock Comm'n.*, 411 U.S. 182 (1973). Esa decisión administrativa sólo deberá ser modificada cuando se determine que la acción administrativa se haya adoptado “*without justification in fact*” lo que pueda validar el arribar a una determinación de un abuso de discreción. *American Power Co. v. SEC*, 329 U.S. 90 (1946); *Moog Industries, Inc. v. FTC*, 355 U.S. 414 (1958); *Barsky v. Board of Regents*, 347 U.S. 442 (1954). Conforme con esto, se entiende que no le corresponde a los tribunales de justicia, sino a las agencias administrativas, prescribir lo que constituye un “*appropriate and reasonable remedy*”. *Butz v. Glover Livestock Comm'n.*, 411 U.S. 182, 188 (1973). Como corolario de ello, en ocasiones de imposición de sanciones, la función judicial se

circumscribe a analizar si la agencia administrativa emitió “*an allowable judgment in [his] choice of the remedy.*” *Jacob Siegel Co. v. FTC*, 327 U.S. 608 (1946).

7.3 Presunción de Revisión Judicial

El entretrejado jurídico carece de una estrata de control y de supervisión en aquellas ocasiones en las cuales el Poder Legislativo expresamente prohíba la revisión judicial. Dicha premisa surge pues se ha reconocido que el Congreso tiene la autoridad para prohibir la revisión judicial. Ello tiene como consecuencia que los tribunales carecerían de la opción de supervisar la corrección de las decisiones adoptadas por las agencias administrativas. Instancias de esa naturaleza se pueden identificar cuando el Congreso concluye que los costos de una revisión judicial exceden los potenciales beneficios o cuando la intervención judicial pudiese atentar contra el poder discrecional que le fue conferido a la agencia administrativa.³⁵

Sobre esa premisa legislativa observamos que la *Administrative Procedure Act*, 5 USC 551 ss. dispone que, “excepto en la medida en que... las leyes impiden la revisión judicial... una persona que sufre una infracción legal debido a una acción de la agencia, o adversamente afectada o agraviada por la acción de la agencia conforme con el sentido de la ley relevante, tiene derecho a la revisión judicial de la misma.”³⁶ Ante esa expresión legislativa se ha interpretado que la presunción de revisión judicial sólo puede desestimarse mediante prueba clara y contundente. *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967); *Dunlop v. Bachowski*, 421 U.S. 560 (1975).

No obstante, el desarrollo jurisprudencial de esa norma legal ha mitigado esta pauta para entender que en nuestro sistema jurídico la revisión judicial constituye la regla y la irrevisibilidad es la excepción. *Block v. Commun. Nutrition Inst.*, 467 U.S. 340 (1984). El Tribunal Supremo ha expuesto que la conclusión no puede ser que el hecho de que

35 Ejemplos de esto se nos presentan en la disciplina jurídica concerniente a la inmigración donde se podría proscribir la revisión judicial en casos de determinaciones discrecionales efectuadas por el Secretario de Justicia y ante reclamos de criminales. 8 USC 1252 (a)(2).

36 “*Except to the extent that ... statutes preclude judicial review ... a person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof.*” 5 USC 701-702.

la normativa sea eficiente, no lo puede derrotar todo.³⁷ *Sackett v. EPA*, 566 U.S. 120 (2012).

Conforme con ello, no resulta totalmente fidedigno que el Poder Legislativo pueda ostentar la plenipotenciaria autoridad para restringir el acceso de todas las controversias ante los tribunales de justicia. Es antigua la norma de que “las acciones de todos ... los funcionarios tienen que estar justificadas por la ley; y generalmente los tribunales poseen jurisdicción en aquellos casos de esos funcionarios violen la ley al grado de infringir una lesión a un individuo.”³⁸ *American School of Magnetic Healing v. McAnnulty*, 187 U.S. 94, 108 (1902). “La inexorable conclusión es que la supremacía de la ley reclama que haya oportunidad para que se aplicó una incorrecta norma de ley...”³⁹ Opinión concurrente el Juez Asociado Brandeis en *St. Joseph Stock Yards Co. v. United States*, 298 U.S. 38, 84 (1936). Con ello se arriba al resultado de que no pueden encontrarse ajenos a una potencial revisión judicial los planteamientos de naturaleza constitucional. *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592 (1988).

7.4 Estándar para la Revisión Judicial

La revisión judicial constituye un elemento de control de las decisiones administrativas y es consustancial a nuestro Ordenamiento Jurídico. En ese contexto la interrogante planteada se centra en el grado y las características de revisión judicial que resulta procedente. En atención a ello, observamos que las normas jurídicas intentan regular el grado de control que podrá ejercer el tribunal al revisar determinaciones de las agencias administrativas. Como su corolario, el estándar de revisión judicial define el grado de deferencia que le deberá el tribunal a la decisión emitida por la agencia administrativa.

Se reconocen diversos escrutinios para formalizar el ejercicio de supervisión por parte de los tribunales de justicia que son las categorías de “abuso de discreción”, “claramente erróneo”⁴⁰, “evidencia sustancial”⁴¹

37 “The APA’s presumption of judicial review is a repudiation of the principle that efficiency of regulation conquers all.” *Sackett v. EPA*, 566 U.S. 120, 130 (2012).

38 “The acts of all its officers must be justified by some law, and in case an official violates the law to the injury of an individual the courts generally have jurisdiction to grant relief.”

39 “The supremacy of law demands that there shall be opportunity to have some court decide whether an erroneous rule of law was applied and whether the proceeding in which facts were adjudicated was conducted regularly.”

40 “Clearly Erroneous.” *Anderson v. City of Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985).

41 “Substantial evidence.” *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951).

y “revisión *de novo*”⁴² Como variantes de estas categorías logramos identificar derivados que el Ordenamiento Jurídico estadounidense ha reconocido varios parámetros dirigidos a justipreciar los méritos de la disposición administrativa como lo son los estándares de “mirada dura”;⁴³ “regla de alguna prueba”;⁴⁴ “preponderancia de prueba;”⁴⁵ “prueba clara, inequívoca y convincente”;⁴⁶ y, “certeza moral”.⁴⁷ Todas esas valoraciones detentan el denominador común de aspirar a conferirle armonía a la interacción entre las agencias administrativas y los tribunales de justicia. Como su resultado se obtiene el objetivo de que el proceso judicial se visualice como una natural y fluida continuación del previo proceso administrativo.

Podemos observar que la evaluación de la revisión judicial de las acciones administrativas de gran manera depende de la circunstancia de si la determinación agencial es formal o informal, así como si se revisa una decisión adjudicativa o reglamentaria.⁴⁸ Acorde con ello resulta que las controversias de hechos que derivan de decisiones formales reglamentarias o adjudicativas serán revisables bajo los escrutinios de “evidencia sustancial” y de “arbitraria y caprichosa.” 5 USC 706(2)(E).⁴⁹ No obstante, cuando se actúa de manera informal, el tribunal apelativo revisara si esa determinación de hecho es “arbitraria o caprichosa.” *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 413-15 (1971). Además

42 *Dickinson v. Zurko*, 527 U.S. 150 (1999).

43 “*Hard look.*” *Robertson v. Methow Valley*, 490 U.S. 331 (1989). El análisis de “mirada dura” puede ser utilizado bajo el alcance de la prohibición de adoptar decisiones de manera arbitraria y caprichosa. Para esa evaluación, entre otros extremos, puede ser considerado si la determinación de la agencia resulta arbitraria y caprichosa por no encontrarse apoyada en factores que el Congreso no intentó considerar, fallo en considerar importantes aspectos del problema, para su decisión ofrece una explicación que es contraria a la prueba presentada ante la agencia; o que es tan inverosímil por lo que no entender que sea el producto del conocimiento especializado de la agencia. *Motor Veh. Mfrs. Ass’n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983).

44 “*Some evidence rule.*” *Superintendent v. Hill*, 472 U.S. 445 (1985).

45 “*Preponderance of the evidence.*” *United States v. Watts*, 519 U.S. 148 (1997).

46 “*Clear and convincing evidence.*” *Cooper v. Oklahoma*, 517 U.S. 348 (1996); *Woodby v. INS*, 385 U.S. 276 (1966).

47 “*Moral certainty.*” *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994).

48 *Kidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1994).

49 “*The reviewing court shall ... hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be –*

(A) *arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;*

(B) *contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;*

(C) *in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;*

(D) *without observance of procedure required by law;*

(E) *unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or*

(F) *unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.*

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error.” 5 USC 706.

de ello, todas las decisiones administrativas serán revisables bajo el escrutinio de “abuso de discreción.”

Generalmente, en los procesos adjudicativos administrativos el estándar de la prueba que resulta necesario es el de “evidencia sustancial”. *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951). Este parámetro probatorio viene a significar, “prueba relevante que una mente razonable podría aceptar como adecuada para respaldar una conclusión.”⁵⁰ *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, 229 (1938); *Richardson v. Perales*, 402 U.S. 389, 401 (1971). El fundamento de este principio revisacional determina la extensión en la cual el poder judicial aplaca el improcedente ejercicio de autoridad por parte del poder ejecutivo. Esa acción de revisión judicial se deberá efectuar bajo la premisa de que “el tribunal no debe sustituir su propia noción de conveniencia y equidad para aquellos que han guiado a las agencias a quienes ha sido confiada la formulación y ejecución.”⁵¹ *Railroad Commission of Texas v. Rowan & Nichols Oil Co.*, 310 U.S. 573 (1940). De esa manera, la decisión se encuentra apoyada en el expediente si posee base razonable en derecho. *NLRB v. Hearst Publications, Inc.*, 322 111 (1931 (1944)). Así observamos que ese parámetro de evaluación requiere algo más que una “mera cintilla”⁵² de prueba. *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, 229 (1938). Ese análisis variará dependiendo del *quantum* de prueba que resulta necesario y preciso para establecer una conclusión.

El escrutinio de “arbitrario o caprichoso” es primariamente utilizado para la evaluación de decisiones informales. Podría ser identificado como acciones que se adopten sin considerar apropiadamente los hechos y en menosprecio de las circunstancias del caso. Ello implica que una decisión no es arbitraria o caprichosa cuando la conclusión es incorrecta y se arribó a ella de una manera honesta y legítima.⁵³ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971).⁵⁴ Generalmente una decisión es arbitraria o caprichosa cuando la agencia se fundamentó en factores que el Congreso no intentó considerar, erró al no considerar aspectos importantes de la controversia, u ofreció una explicación para

50 “[S]uch relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion.”

51 “... [C]ourts must not substitute their notions of expediency and fairness for those which have guided the agencies to whom the formulation and execution of policy have been entrusted.”

52 “Mere scintilla.”

53 „To make this finding [arbitrary or capricious] the court must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment.”

54 “Clear error of judgment.”

su decisión que es contraria a la prueba en el expediente o que resulta tan inverosímil que no puede atribuirse a un diferente punto de vista o al resultado del conocimiento especializado de la agencia administrativa.

Por su parte, la revisión *de novo* generalmente aplica a la evaluación de las conclusiones de derecho. Mediante la misma se revisa la decisión de la agencia administrativa sin reconocerle deferencia a la determinación a la que arribó la entidad administrativa. Ante lo anterior observamos que una revisión *de novo*, no es lo mismo que un *juicio de novo*. Uno significa un juicio totalmente nuevo donde se escuchan de nuevo los testigos y se recibe la prueba, mientras que la revisión *de novo* se utiliza para identificar las ocasiones en las cuales el tribunal apelativo se encuentra en una buena posición para evaluar la prueba desfilada en el foro de instancia. Mediante este ejercicio de revisión judicial se remueve el ámbito deferencial y el tribunal evalúa por sí mismo la interpretación de la prueba para arribar a sus propias conclusiones.⁵⁵

El parámetro de “claramente erróneo” es generalmente aplicable a las determinaciones de hechos. Parte de la premisa de que la primaria función de instancia es el hallazgo de los hechos lo que previene o limita la evaluación de ellos por el tribunal apelativo. De acuerdo con el Tribunal Supremo federal, una determinación es claramente errónea cuando el tribunal revisor, al considerar toda la evidencia llega a la firme convicción de que se cometió un error, aun cuando exista evidencia para arribar a la misma. *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948).

Como conclusión de lo anterior encontramos que estos parámetros analizan diferentes componentes de la decisión administrativa. Para “evidencia sustancial” se observa la prueba en el expediente para evaluar si la misma es suficiente como para sostener un hallazgo. El “abuso de discreción” observa las acciones y decisiones del adjudicador. La “revisión *de novo*” mira al tribunal apelativo y el ámbito de su capacidad para revisar la decisión agencias. El “claramente erróneo” y el “arbitrario y caprichoso” mira los contornos jurídicos en los que se fundamentó la decisión administrativa.

55 Este es el tipo de revisión judicial que sería aplicable en ocasiones en las que el tribunal se confronte con controversias constitucionales. *Bose Corp. v. Consumers Union of United States*, 466 U.S. 485, 508 (1984).

7.5 Deferencia Judicial

Acorde con las premisas derivadas de estas visiones jurídicas, queda establecido como postulado inequívoco del significado y el alcance de la revisión judicial, que los tribunales no deben abrogarse la irrestricta facultad para reemplazar el criterio adoptado por las agencias administrativas. Según esbozado, al considerar el alcance de una ley congresional el Tribunal Supremo Federal expresó,

“NEPA does set forth significant substantive goals for the Nation, but its mandate to the agencies is essentially procedural. It is to insure a fully informed and well-considered decision, not necessarily a decision the judges of the Court of Appeals or of this Court would have reached had they been members of the decisionmaking unit of the agency. Administrative decisions should be set aside in this context, as in every other, only for substantial procedural or substantive reasons as mandated by statute, not simply because the court is unhappy with the result reached.” Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC, 435 U.S. 519, 558 (1978).

Esa norma de deferencia a las decisiones y las actuaciones administrativas deriva del amplio reconocimiento de la necesidad de que las entidades gubernamentales desplieguen una significativa facultad para dictar pautas de conducta, así como para resolver controversias y eventualmente prescribir todos aquellas resarcimientos y desagravios que resulten cónsonos y proporcionales con las argüidas desviaciones legales y reglamentarias. En la conquista de dichos objetivos, los tribunales de justicia le reconocen una extensa discreción a las agencias administrativas en la selección de la imposición de las medidas que le auxilien en el afán de consumir los propósitos asentados en la ley que administran. Esa deferencia aplicará siempre y cuando actúen dentro del ámbito de su conocimiento especializado y dentro de los márgenes de la ley. Armónico con lo anteriormente expuesto, no es objeto de cuestionamiento que se valide la deferencia judicial con relación a la selección del remedio adoptado por la agencia administrativa. *Chevron USA Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).*

No obstante, la pauta de deferencia que es aplicable en el ámbito de la revisión judicial no tiene el forzoso derivado de que los tribunales de justicia se encuentren impedidos de acometer la faena de preciar la selección de las medidas adoptadas por la agencia administrativa en el

descargo de las funciones que le han sido válidamente delegadas. *St. Joseph Stock Yards Co. v. United States*, 298 U.S. 38 (1936). Así, incluso se ha reconocido la existencia de otros parámetros para atender la visión relativa a la revisión judicial en aquellas ocasiones en las que concurren controversias de derivadas de aspectos constitucionales. *Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough*, 253 U.S. 287 (1920).

La perspectiva jurídica imperante es que, en el adecuado ejercicio de la revisión judicial, se les otorga más amplia deferencia a las determinaciones de hecho que a las conclusiones de derecho. Esa pauta interpretativa parece estar fundamentada en que la interpretación de la ley es un atributo inherente de los tribunales. *SEC v. Sloan*, 436 U.S. 103 (1978). Sin embargo, aun cuando los tribunales son los últimos evaluadores de la ley, se le suele dispensar deferencia a la interpretación legal a la que arriba la agencia administrativa. Ese susodicho enfoque surge en función de que, al ejercer su responsabilidad revisora, los tribunales no pueden licenciosamente descartar las conclusiones e interpretaciones de la agencia sustituyendo su propio y particular criterio por el que fuera adoptado por la agencia administrativa. De esa forma, se ha reconocido la presencia de la deferencia hacia la interpretación legal efectuada por la agencia. Ese modelo interpretativo se evidencia en *Chevron USA Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984) que es un caso donde se dilucidaba la validez de un nuevo procedimiento de calcular el descargo de contaminación ambiental. En el antedicho caso, el Tribunal Supremo federal concluyó que, si la norma específica se desprende de la ley, esa será la aplicable. No obstante, si la pauta no se encuentra en la ley ("*silent or ambiguous with respect to the specific issue*") se debe tratar de contestar la pregunta sobre si la interpretación administrativa es válida y permisible.

La consecuencia de *Chevron* es haber creado una presunción aplicable a diseños de ordenación regulatorio que debe ser interpretado en el sentido de que cuando la ley es ambigua se debe presumir que el poder legislativo delegó a la agencia administrativa la tarea de llenar el vacío (*gap*) de una manera razonable. Acorde con esa visión, sólo se requiere que la interpretación agencial sea racional para que sea sostenida por los tribunales. Así, la interpretación de un organismo administrativo, al cual le atañe administrar una disposición de ley, merece deferencia sustancial y dicha interpretación no requiere ser la única interpretación razonable para que merezca esa deferencia. Basta con que la conclusión

sea razonable y consistente con el propósito y con los objetivos legislativos. Incluso se interpreta que en casos dudosos la interpretación de la agencia merece la referida deferencia judicial. Sin embargo, la presencia de la norma de deferencia no se ensancha como para validar cualquier tipo de interpretación a la que pretenda arribar una agencia administrativa. *Cuomo v. Clearing House Association*, 557 U.S. 519 (2009). Además, también se debe descartar una interpretación agencial si la misma se aparta de las facultades legales concedidas a la agencia (*ultra vires*) o es contraria a un previo precedente judicial. *Lechmere Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527 (1992).

En contraposición, el vacío interpretativo no existe en aquellas ocasiones en las cuales el cuerpo legislativo imparte instrucciones específicas a la agencia administrativa para tomar en consideración factores particulares, y la agencia administrativa ignora o minimiza esos criterios y los sustituye por elementos disímiles. Un contexto de esa naturaleza se presentó en el caso de *Addison v. Holly Hill Fruit Products*, 322 U.S. 607 (1944) cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos revocó un reglamento adoptado por el *Wage-Hour Administrator* que tenía la consecuencia de catalogar compañías conforme con su tamaño y descartando utilizar criterios geográficos como específicamente se ordenaba en la ley. En aquellas situaciones en las cuales se identifican cuestiones que el Poder Legislativo concretamente atendió, se tiene que identificar cuanta deferencia merece la posición acogida por la agencia administrativa.

Coetáneo con ese desarrollo se ha estructurado una laxa interpretación de lo que debe constituir la revisión judicial de las decisiones administrativas. Ello tiene como consecuencia que las interrogantes sobre las acciones administrativas sólo prosperarán en la medida en que esa interpretación administrativa sea contraria a los términos de la ley o que sea manifiestamente irrazonables. *Chevron USA Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), 467 U.S. 837, 842-843 (1984). Con respecto a esa pauta normativa se expresó en el citado caso:

“Los jueces no son expertos en la materia y no forman parte de ninguna de las ramas políticas del Gobierno. Los tribunales deben, en algunos casos, conciliar intereses políticos en conflicto, pero no sobre la base de las preferencias políticas personales de los jueces. En contraste, una agencia en la que el Congreso ha delegado responsabilidades de formulación de políticas puede, dentro de los límites de esa delegación, confiar adecuadamente en las opiniones de la administración

predominante sobre la sabia política para informar sus juicios. Si bien las agencias no son directamente responsables ante la gente, el Director Ejecutivo es, y es totalmente apropiado que esta rama política del Gobierno tome tales decisiones políticas: resuelva los intereses en conflicto que el propio Congreso no resolvió inadvertidamente o abandonó intencionalmente para ser resuelto por la agencia encargada de la administración del estatuto a la luz de las realidades cotidianas.

Cuando un desafío a la interpretación de una agencia de una disposición legal, bastante conceptualizada, realmente se centra en la sensatez de la política de la agencia, en lugar de si es una opción razonable dentro de una brecha abierta por el Congreso, el desafío debe fracasar. En tal caso, los jueces federales, que no tienen circunscripción, tienen el deber de respetar las decisiones políticas legítimas hechas por quienes lo hacen. Las responsabilidades para evaluar la sensatez de tales opciones políticas y resolver la lucha entre opiniones en conflicto del interés público no son judiciales: 'Nuestra Constitución confiere tales responsabilidades a los poderes políticos'. *TVA v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978).⁵⁶ *Chevron USA Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), 467 U.S. 837, 885-886 (1984).⁵⁶

No obstante, el canon de deferencia judicial no constituye un "*blank check for arbitrary action*". *Detroit Edison Co. v. NLRB*, 440 U.S. 301 (1979). La realidad es que los tribunales poseen la autoridad y la obligación de cautelar los derechos constitucionales o legales que hayan podido ser lacerados por una acción administrativa caprichosa o arbitraria. *American Power & Light Co. v. Securities and Exchange Commission*, 329 U.S. 90 (1946). De esta manera se entiende que la decisión administrativa podrá ser descartada si es extremadamente severa y desproporcionada con relación a la desviación efectuada. La eventual sanción debe ser razonable y corresponder al acto ilícito cometido. Una medida agencial o una penalidad podrá ser descartada o modificada

56 "Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices -- resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities. When a challenge to an agency construction of a statutory provision, fairly conceptualized, really centers on the wisdom of the agency's policy, rather than whether it is a reasonable choice within a gap left open by Congress, the challenge must fail. In such a case, federal judges -- who have no constituency -- have a duty to respect legitimate policy choices made by those who do. The responsibilities for assessing the wisdom of such policy choices and resolving the struggle between competing views of the public interest are not judicial ones: 'Our Constitution vests such responsibilities in the political branches:'"

si es arbitraria, caprichosa, irrazonable o constituye un claro abuso de autoridad. *Cities Service Gas Co. v. Perles Oil & Gas Co.*, 340 U.S. 179 (1950). En aquellas ocasiones en las que los tribunales concluyan que la agencia administrativa aplicó correctamente la ley y adoptó una visión racional y adecuada de los hechos, se tiene que considerar si la decisión fue arbitraria, caprichosa, en abuso de su discreción, o por el contrario fue acorde con las disposiciones de la ley.

Así se puede concluir que, normalmente un dictamen de una agencia administrativa es arbitraria y caprichosa si la agencia descansó en factores que la Rama Legislativa no intentó considerar, completamente erró en no considerar un aspecto importante de la controversia, ofrezca una explicación para su decisión que contradice la evidencia presentada ante la agencia, o una interpretación que es tan poco plausible que no le puede ser interpretada como producto de la especialización de la agencia. *Motor Vehicle Mfrs. Ass'm v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

No obstante los valores esbozados, el Tribunal Supremo ha subrayado que los tribunales no están “facultados para reescribir la legislación de acuerdo con sus propias concepciones de política pública prudente.”⁵⁷ Los tribunales de justicia se deben restringir a la función de garantizar que se materialice la voluntad legislativa. La inquietud que se genera ante esa exigencia de restricción emana de la incertidumbre o la opacidad de la disposición legislativa. Como consecuencia de ello se atenúa la función judicial de garante de la voluntad legislativa. O sea, ante la ausencia o la fragilidad en el texto de una ley, la función judicial legitimadora se disipa. Así el tribunal se podría ver compelido a respetar una particular interpretación administrativa pues carece de un referente legal para confrontarla.

Conforme con ello, los tribunales se confrontan con la responsabilidad de justipreciar la faena administrativa como un complemento de la función legislativa, y su rol de supervisión y control se atenúa pudiendo transformarse en elementales vigilantes de sutiles fronteras de autoridad.

⁵⁷ “... empowered to rewrite legislation in accord with their own conceptions of prudent public policy.” *United States v. Rutherford*, 442 U.S. 554, 555 (1979).

7.6 Dos Fases de Evaluación

La norma jurisprudencial con relación a la revisión de decisiones administrativas delinea un proceso de dos (2) etapas donde el Tribunal debe evaluar la interpretación de la ley que administra.⁵⁸

“Primero, siempre está la pregunta de si el Congreso ha hablado directamente de la pregunta precisa en cuestión. Si la intención del Congreso es clara, ese es el fin del asunto; Tanto el tribunal como la agencia deben dar cumplimiento a la intención expresada sin ambigüedades del Congreso. Sin embargo, si el tribunal determina que el Congreso no ha abordado directamente la cuestión precisa en cuestión, el tribunal no simplemente impone su propia interpretación de la ley, como sería necesario en ausencia de una interpretación administrativa. Más bien, la ley es silencioso o ambiguo con respecto al tema específico, la pregunta para el tribunal es si la respuesta de la agencia se basa en una permisible interpretación de la ley.”⁵⁹

La consecuencia de esta pauta interpretativa es que mediante la revisión judicial se escudriña la letra de la ley para identificar su claro significado y, de no encontrarlo, se deberá ser deferente a la interpretación adoptada por la agencia administrativa. De esa manera, ante el silencio del Congreso la agencia administrativa tendrá la facultad para seleccionar entre la amplia gama de legítimas alternativas interpretativas disponibles. El referido ejercicio debe efectuarse una vez ha sido identificado que el Congreso ha delegado la autoridad la autoridad a la agencia administrativa. *United States v. Mead Corp.* 553 218, 229 (2001). Así, se interpreta que el Congreso puede delegar en las agencias administrativas la selección de la política pública. *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972). Como complemento de esta posición se puede articular que la decisión será considerada como arbitraria cuando:

“...[L]a agencia se ha apoyado en factores que el Congreso no ha tenido la intención de considerar, no consideró por completo un

58 “[R]eview[ing] an agency’s construction of the statute which it administers.” *Chevron USA v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984)

59 “First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute.” *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837, 842 (1984).

aspecto importante del problema, ofreció una explicación de su decisión que va en contra de la evidencia ante la agencia, o es tan inverosímil que no podría atribuirse a una diferencia visual o producto de la experiencia de la agencia.”⁶⁰ *Motor Veh. Mfrs. Ass’n v. State Farm Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

7.7 Agotamiento de Remedios Administrativos y Jurisdicción Primaria

El ejercicio de control por parte del Poder Judicial debe aplazarse hasta que el asunto de encuentra maduro para su revisión. Las doctrinas jurídicas de agotamiento de remedios administrativos y de jurisdicción primaria son de creación judicial y se refieren al análisis de la facultad inicial para pasar juicio sobre una controversia. En otras palabras, es una deferencia al proceso administrativo que tiene como resultado el que los tribunales opten por declinar el ejercicio de su jurisdicción. Con la aplicación de estos principios se establece un mecanismo para que la agencia administrativa atienda primeramente el asunto para lograr obtener los beneficios de su conocimiento especializado tanto en asuntos fácticos, como en aspectos de derecho. *Chevron USA Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Por esa razón se debe permitir que las agencias administrativas pasen juicio sobre aspectos legales y esas conclusiones podrían ser posteriormente revisadas por los tribunales bajo criterios deferenciales.

La génesis de la doctrina de jurisdicción primaria la podemos encontrar en el año 1907 cuando el Tribunal Supremo federal decidió el caso de *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Company*, 204 U.S. 426 (1907) donde se resolvió que la *Interstate Commerce Commission* posee jurisdicción primaria para resolver las disputas relacionadas con las tarifas de transportación de carga. Estas doctrinas pretenden investir de regularidad y uniformidad los procesos adjudicativos con relación a la adjudicación de derechos y obligaciones legales entre las partes en disputa. Entre sus visiones encontramos la expresión del Juez Asociado Brandeis quien expuso que esa doctrina debe ser aplicada en aquellas

60 “... [T]he agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise.”

ocasiones en las cuales, la evaluación corresponde a hechos y a discreción concerniente a aspectos técnicos.⁶¹

Por su parte, la doctrina de agotamiento de remedios administrativos se enmarca en la apreciación de que el tribunal no debe intervenir en una controversia sino hasta que hayan consumado los remedios administrativos disponibles. La decisión judicial que le sirvió de precedente es *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.*, 303 U.S. 41 (1938), donde se decidió la improcedencia de un recurso de injunction ante la circunstancia de que el peticionario no había agotado los remedios administrativos disponibles. No obstante, ante la aplicación de dicha doctrina se pueden anteponer excepciones como, “la inadecuación de los remedios administrativos.” *Smith v. Illinois Bell Tel. Co.*, 270 U.S. 587 (1926).

Como resultado de la aplicación de estas doctrinas surge la consecuencia de que la intervención judicial se pospone y se difiera en deferencia de la intervención administrativa. *McCarthy v. Madigan*, 503 U.S. 140, 144-145 (1992); *Dardy v. Cisneros*, 509 U.S. 137, 153-154 (1993).

8 Conclusión

Cualquiera que sea el valor y la relevancia del Estado Administrativo, ello no podría justificar la presencia de las agencias administrativas fuera del andamiaje constitucional. Esa realidad es consecuencia de que las agencias administrativas no pueden operar en el vacío y la abstracción. Como derivado de ello encontramos que el control del poder administrativo se torna en una indispensable condición para validar y legitimar el Estado Administrativo. Por su parte, los modelos de poder administrativo aspiran a conciliar el trascendental interés de legitimar el poder administrativo sin comprometer la consecución del interés público que ambiciona validar la misma existencia de las agencias administrativas y que en gran medida se obtiene mediante el ejercicio de la discreción.

La susodicha función de supervisión se debe ejecutar en atención a la acción efectuada por la entidad administrativa. Estas potenciales acciones son las de interpretar la ley, formular la política pública, la determinación de hechos y los juicios discrecionales. No obstante, la significativa interrogante que dimana de esa realidad jurídica, procesal

61 *Great Northern R. Co. v. Merchants Elevator Co.*, 259 U.S. 285 (1922).

y sustantiva, se centra en cuál será la naturaleza, las características y la intensidad del control del ejercicio de la autoridad administrativa. El implacable control derrotaría los postulados en los cuales se cimenta la disciplina administrativa, y la ausencia de controles derrotaría los principios constituciones imperantes en nuestro Ordenamiento Jurídico. Como resultado de esa dialéctica surge que el más robusto régimen para lograr validar y legitimar el Derecho Administrativo será la adecuada armonía entre los valores de control y de discreción.

Sobre la Normativa Prevista para Regular la Potestad Sancionadora en el Perú

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*

Introducción

La potestad sancionadora es, como hoy todos reconocemos, un elemento central dentro de las competencias de las diferentes administraciones públicas. Ahora bien, eso no quiere decir que toda repartición pública tenga dicha potestad. De otro lado, y máxime en un contexto de constitucionalización del Derecho (y especialmente de “constitucionalización transformación”), constitucionalización de la política y convencionalización del Derecho, no basta con estar habilitado para ejercer potestad sancionadora, sino que dicha potestad debe ejercerse dentro de ciertos parámetros (algunos principios, determinación de pautas de procedimiento y órganos competentes, etcétera).

En el Perú el tratamiento de este tema fue diverso y disperso. Es la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, del año 2001, un primer esfuerzo por establecer pautas comunes al respecto, aplicables al grueso de situaciones en las cuales puede ejercerse esta potestad, aunque no descartando la posibilidad de que existan regulaciones especiales al respecto, a las cuales las pautas de la Ley 27444 se aplicarían en forma supletoria.

* Magistrado y ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de Derecho Administrativo, Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en diversas universidades peruanas. Profesor principal-coordinador de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial peruana). Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck y el Tribunal Constitucional de Karlsruhe (Alemania), las universidades de Bolonia, La Sapienza y Pisa (Italia), Paris Sorbonne (Francia) entre diversas universidades e instituciones de Alemania, Francia, Italia o España, entre otros países europeos, latinoamericanos, asiáticos o africanos. Integrante de las mesas directivas de las Asociaciones peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, así como de la Red peruana de Docentes de Derecho Constitucional y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Perito ante la Corte Interamericana ante la convocatoria que le hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Autor o coautor de libros o artículos sobre materias de su especialidad.

Ahora bien, el tratamiento de esta materia en el primer texto de la Ley de Procedimiento Administrativo no estuvo exento de algunos problemas e imprecisiones, muchas de las mismas resueltas con lo previsto en las reformas introducidas en diciembre de 2016. Además de ello, se detecta que muchas entidades públicas peruanas han conseguido ser habilitadas para el desarrollo de potestad sancionadora, resultando por lo menos discutible que cuenten con cobertura constitucional para ello. Finalmente, en algunos casos la potestad sancionadora ejercida por ciertas reparticiones de las diferentes Administraciones públicas no respetan los principios que debieran guiar el ejercicio de dicha potestad. Sobre todos estos temas voy a pronunciarme de inmediato.

1 La Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley 27444

1.1 Lo Previsto en el Texto Original de la Ley 27444

Debemos partir por señalar que la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), ya desde su texto original del año 2001, establecía dos procedimientos especiales, los cuales eran a saber los siguientes:

El procedimiento administrativo trilateral: Este se encontraba regulado entre los artículos 219 al 228 de dicha ley y es definido por la norma como el procedimiento contencioso administrativo seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración frente a la actuación de aquellas personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

El procedimiento administrativo sancionador: Este se encontraba regulado entre los artículos 229 al 237 de dicha ley, los cuales disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades administrativas para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

Ahora bien, es posible identificar que la regulación del procedimiento administrativo sancionador en la Ley 27444 aborda dos subcapítulos: i) La potestad sancionadora; y, ii) El ordenamiento del procedimiento sancionador.

Al respecto, debo inicialmente enfocar este análisis en el primero de estos subcapítulos, en el cual se establecía, en primer lugar, una serie de principios que deben ser aplicados por las entidades administrativas en todo procedimiento administrativo sancionador, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 230 de la norma antes mencionada.

Asimismo, podía verificarse, en su artículo 231, una serie de pautas para la determinación del órgano competente, estableciéndose que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

Por otro lado, en el artículo 232 se regulaban las características de la determinación de responsabilidad, donde debe tomarse en cuenta que las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, siendo estos últimos determinados en el proceso judicial correspondiente.

Finalmente, el artículo 233 de la Ley 27444 regulaba lo relacionado a la prescripción de la potestad sancionadora de las entidades de la Administración Pública.

1.2 Análisis

Una revisión de lo previsto en el texto original de la Ley 27444 permitía comprobar la intención de crear unaregulación sistemática del procedimiento sancionador. Con dicha regulación se buscaba contar con un instrumento para introducir correcciones en el desarrollo de la actividad administrativa, y a la vez, proporcionar a quienes se considerasen como infractores la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y controlar la labor de la Administración Pública en este tipo de tareas. Sin embargo, un análisis de la norma permite verificar algunas críticas que desarrollaré a continuación.

En primer lugar, es necesario entender que estas pautas eran también aplicables, por lo menos supletoriamente, a procedimientos recogidos en otras normas, como, por citar un caso, las de carácter tributario. Sin embargo, ello no se expresaba de forma clara dentro de la anterior

regulación, lo cual en los hechos abrió un espacio para entidades que buscaban aplicar una regulación contraria a lo establecido por la LPAG.

Asimismo, podía verificarse la necesidad de efectuar algunos ajustes en lo previsto en algunos principios de la potestad administrativa sancionadora. Así, por ejemplo, parece conveniente, si de debido procedimiento se hablaba, precisar también que se violaba dicho debido procedimiento en los casos en los cuales, cuando se regulaba el ejercicio de la potestad sancionadora, no se encontraba presente una necesaria separación entre su fase instructora y su fase sancionadora, las cuales debían ser asignadas a autoridades diferentes.

Por otra parte, era relativamente fácil comprobar la necesidad de mejorar los criterios para graduar sanciones, pues en el caso del principio de razonabilidad, es posible sostener la conveniencia de referirse a un beneficio ilícito resultante por la comisión de infracción, y no de un más genérico “beneficio ilegalmente obtenido”.

En lo vinculado a tipicidad, y al igual que se debate en el Derecho Comparado, podía plantearse mejor la discusión sobre la necesidad de tipificar o no infracciones y establecer sanciones por vía reglamentaria, siempre y cuando esta posibilidad no sea empleada para establecer obligaciones sin un respaldo legal o reglamentario previo. Asimismo, debía anotarse que, a tal caso, tampoco cabía acogerse a esta posibilidad si la misma lleva a incurrir en una vulneración del non bis in idem con una nueva tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hechos o idéntico fundamento a las de aquellos delitos o faltas ya establecidas en las leyes penales o sobre las infracciones tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. Todo ello, como bien puede comprobarse no se encontraba señalado expresamente en la norma que estamos analizando.

Y es que es precisamente en el tratamiento del non bis in idem en la LPAG donde probablemente más se ameritaba introducir algunas importantes correcciones, señalando, con claridad, por ejemplo, cuando existe identidad de fundamento. Así, podía haberse aclarado que hay identidad de fundamento cuando la infracción penal o administrativa mediante la cual se castigó con la pena o sanción correspondiente tutela el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que el de la infracción que se está considerando. También hay identidad de fundamento si encontrándose diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos

contemplados, esas diferencias no se refieren a aspectos con entidad para justificar una doble punición.

Por último, mención especial merece el tratamiento que se había dado al principio de culpabilidad. Y es que, para optarse por una responsabilidad administrativa subjetiva, o por una objetiva, era necesario reconocerle al principio de culpabilidad un tratamiento propio, independientemente de lo previsto en el ámbito penal, con todo lo que ello involucraba.

2 La Potestad Sancionadora en Diversas Instituciones Públicas Peruanas

Debemos iniciar esta sección anotando que el Estado peruano cuenta con diversos tipos de instituciones. En ese sentido, resulta también necesario tener en cuenta que en nuestro medio existen, sobre todo si estamos ante el ejercicio de un servicio público, una importante cantidad de actividades reguladas o supervisadas por diversos organismos públicos, todos ellos adscritos a diferentes entidades dentro de, fundamentalmente, el Gobierno nacional o Poder Ejecutivo nacional.

Al respecto, la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, presenta dos tipos distintos de Organismos Públicos Especializados:

Organismos Reguladores

Organismos Técnicos Especializados

Los Organismos Reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional. Asimismo, definen sus lineamientos técnicos, objetivos y estrategias bajo la política general del gobierno de turno, encontrándose adscritos a la Presidencia de Consejo de Ministros.

En esa misma línea de pensamiento, debe tenerse presente que la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, desarrolla la estructura y funcionamiento de diversas instituciones públicas que supervisan, regulan, norman y resuelven controversias y reclamos en materia de telecomunicaciones, energía, transporte público y servicios de saneamiento. Todas ellas se encuentran adscritas a la Presidencia del Consejo de Ministros.

En el caso peruano, hoy encontramos los siguientes organismos reguladores:

Actividad	Organismo	Adscrito
<p>Promueve el desarrollo de más y mejores servicios públicos de telecomunicaciones, integrando al país en un marco de inclusión, libre competencia y protección de los derechos de los usuarios. Asimismo, establece el marco normativo y regulatorio que deben seguir las empresas operadoras y provee los mecanismos adecuados para la solución de controversias entre empresas y reclamos de los usuarios.</p>	<p>Osiptel - Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones</p>	<p>Presidencia del consejo de Ministros</p>
<p>Regula el comportamiento de los mercados y supervisa las condiciones de prestación del servicio de infraestructura de transporte de uso público, en beneficio de los usuarios, los inversionistas y del Estado en el ámbito de su competencia.</p>	<p>Ositran - Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público</p>	<p>Presidencia del consejo de Ministros</p>
<p>Contribuye a la prestación de servicios de agua potable y saneamiento, garantizando al usuario que los servicios se den en las mejores condiciones de calidad. Asimismo, establece las condiciones generales de la prestación del servicio promoviendo la conservación y el uso racional del recurso hídrico y del medio ambiente en las 50 empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), a las cuales se encarga de fiscalizar.</p>	<p>Sunass - Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento</p>	<p>Presidencia del consejo de Ministros</p>
<p>Es la institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan.</p>	<p>Osinergmin - Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería</p>	<p>Presidencia del consejo de Ministros</p>

Por otro lado, Los Organismos Técnicos Especializados, en cambio, se crean por excepción, cuando se necesita planificar y supervisar, o ejecutar y controlar, políticas de Estado de largo plazo que requieren un alto grado de independencia funcional. En muchos casos, estas entidades se encuentran adscritas a ministerios distintos a la Presidencia del Consejo de Ministros. Dentro de esta categoría encontramos las siguientes entidades:

Actividad	Organismo	Adscrito
<p>Promueve el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado peruano, mejora las prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras por parte de este, contribuyendo a mejorar el acceso al mercado estatal y a elevar la calidad del gasto público. Asimismo, se encarga de operar y administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).</p>	<p>OSCE - Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado</p>	<p>Ministerio de Economía y Finanzas</p>
<p>Promueve y regulariza que las actividades económicas en el Perú se desarrollen en equilibrio con el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano. Para ello, se encarga de la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos en los sectores de minería, energía, pesquería e industria.</p>	<p>OEFA - Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental</p>	<p>Ministerio del Ambiente</p>

Por otra parte, conviene tener presente que en el caso peruano, al igual que en otros países, existen actividades que se encuentran regidas por organismos públicos denominados “superintendencias”, y todas ellas (como los reguladores y los organismos técnicos) se encuentran adscritas a distintas instancias del Poder Ejecutivo o Gobierno.

Esas superintendencias, como los casos anteriormente reseñados, son órganos formalmente adscritos al Poder Ejecutivo o Gobierno, pero se encuentran dotados de autonomía, funcional, económica, presupuestal y administrativa. En el Perú, tienen carácter de superintendencia las siguientes:

CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Actividad	Superintendencia	Adscrito
<p>Se encarga de administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los aranceles y tributos del Gobierno Central que fije la legislación aduanera, Tratados y Convenios Internacionales y demás normas que rigen la materia, y otros tributos cuya recaudación se le encomienda; así como la represión de la de la defraudación de Rentas de Aduana y del contrabando, la evasión de tributos aduaneros y el tráfico ilícito de bienes.</p>	<p>Sunat - Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria</p>	<p>Ministerio de Economía y Finanzas</p>
<p>Se encarga de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos.</p>	<p>Sunarp - Superintendencia Nacional de los Registros Públicos</p>	<p>Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos</p>
<p>Se encarga de dictar y supervisar y promover las normas legales que regulan las materias de mercados de valores, mercados de productos y sistemas de fondos colectivos. Asimismo, supervisa el cumplimiento de las normas internacionales de auditoría por parte de las sociedades auditoras habilitadas por un colegio de contadores públicos del Perú, para lo cual puede impartir disposiciones de carácter general concordantes con las referidas normas internacionales de auditoría y requerirles cualquier información o documentación para verificar tal cumplimiento.</p>	<p>SMV - Superintendencia del Mercado de Valores</p>	<p>Ministerio de Economía y Finanzas</p>
<p>Se encarga de registrar, autorizar, supervisar y regular a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento e salud así como supervisar a las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia. Asimismo, supervisa que el valor del as prestaciones y contraprestaciones de los servicios proteja los intereses de los asegurados.</p>	<p>Susalud - Superintendencia Nacional de salud</p>	<p>Ministerio de Salud</p>

<p>Controlar, administrar, supervisar, fiscalizar, normar y sancionar las actividades en el ámbito de los servicios de seguridad privada, fabricación y comercio de armas, municiones y conexas, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil. Ello de conformidad con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales y la legislación nacional vigente. En esta materia, comprende también la facultad de autorizar el uso de dichas armas.</p>	<p>Sucamec - Superintendencia Nacional de control de Servicios de seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil</p>	<p>Ministerio del Interior</p>
<p>Se encarga de administrar, coordinar, controlar, supervisar y fiscalizar los actos de disposición de la propiedad estatal. También está habilitada para celebrar convenios con entidades del sector Público o del Sector Privado nacionales con el propósito de desarrollar proyectos de mejora relacionados con los bienes de propiedad estatal.</p>	<p>SBN - Superintendencia Nacional de Bienes Estatales</p>	<p>Ministerio de Vivienda, construcción y Saneamiento</p>
<p>Se encarga de promover y vigilar las normas laborales. También es competente para aprobar las políticas institucionales en materia de inspección del trabajo, en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales de su competencia.</p>	<p>Sunafil - Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral</p>	<p>Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo</p>
<p>Administra, supervisa y fiscaliza el control migratorio; controla la emisión de documentos de viaje a ciudadanos nacionales y extranjeros, y el otorgamiento de la nacionalidad que contribuye a la seguridad y el desarrollo del país.</p>	<p>Superintendencia Nacional de Migraciones</p>	<p>Ministerio del Interior</p>
<p>Se encarga de aprobar o denegar las solicitudes de licenciamiento de las universidades. Supervisa en el ámbito de su competencia la calidad de la prestación del servicio educativo. Determina sanciones e infracciones.</p>	<p>Sunedu - Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria</p>	<p>Ministerio de Educación</p>

La mención a todas estas instituciones deviene en relevante para nuestro tema, pues debe tomarse en cuenta que dichas entidades han reclamado poseer potestad sancionadora, por lo que muchas de ellas presentan una regulación propia y específica en relación a dicha

potestad, la cual, en cierto caso, se alega que se encuentra fuera de lo establecido por la Ley 27444.

Ahora bien, corresponde, luego de haber analizado la naturaleza de las instituciones mencionadas *supra*, plantear las siguientes interrogantes: ¿la potestad sancionadora de dichas instituciones públicas (organismos constitucionalmente autónomos o reparticiones del gobierno de turno) cuenta con cobertura constitucional o convencional? Luego de ello, y en caso exista cobertura constitucional para ejercer dicha potestad, ¿esta atribución se encuentra plasmada con estricto respeto a parámetros constitucionales?

Para lograr esbozar respuestas sobre el particular, corresponde analizar la regulación específica de algunas instituciones públicas, análisis que paso a desarrollar a continuación.

2.1 Contraloría General de la República

De acuerdo con el artículo 82 de la Constitución peruana de 1993, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Asimismo, dicho artículo señala que es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, el cual supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

En el caso de la Contraloría, es posible identificar una regulación propia del procedimiento administrativo sancionador en relación a: i) la potestad sancionadora por infracciones al ejercicio de control; y, ii) la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional.

2.1.1 Potestad Sancionadora por Infracciones al Ejercicio de Labores de Control

El 21 de marzo de 2015 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Reglamento de Infracciones y Sanciones, Resolución de Contraloría 134-2015-CG, el cual regula el procedimiento administrativo sancionador respecto de las infracciones al ejercicio de control.

El artículo 1 señala que la finalidad de dicho Reglamento se encuentra en la regulación del procesamiento, criterios y requisitos para la aplicación de la potestad para sancionar por infracciones al ejercicio del

control gubernamental. Por otro lado, su artículo 2 establece los sujetos a los que alcanza dicha norma, mientras que su artículo 3 define a la infracción como todo acto u omisión que se encuentre tipificado en el artículo 42° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y especificado en el presente Reglamento, así como en otras normas legales cuyo incumplimiento corresponda sancionar a la Contraloría, distintas a las que se encuentran en el ámbito de la potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Posteriormente, a partir del Título II se regula cómo se entiende que se materializa la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, así como las funciones de la Autoridad Instructora y la Autoridad Sancionadora, lo cual permite identificar la división dentro del procedimiento administrativo sancionador que establece la LPAG. Por otro lado, a partir del Título III es posible encontrar la regulación sobre las fases del procedimiento, así como lo relacionado al desarrollo mismo de dicho procedimiento administrativo sancionador.

2.1.2 Potestad Sancionadora por Responsabilidad Administrativa Funcional

El 5 de abril de 2018 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, Resolución de Contraloría 100-2018-CG, la cual regula el procedimiento administrativo sancionador respecto de la responsabilidad administrativa funcional.

En el artículo 1 se señala cuál es el objeto de dicho Reglamento, mientras que en el artículo 2 se señala el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la potestad sancionadora de la Contraloría en materia de responsabilidad funcional. Debe tomarse en cuenta que el artículo 5 establece que la potestad sancionadora de la Contraloría constituye un régimen especial que prevalece frente a otras competencias concurrentes en el ámbito administrativo, de modo que dicha prevalencia determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad, por los mismos hechos y respecto de los mismos sujetos comprendidos en el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría, cualquiera sea la naturaleza y el fundamento de aquellos.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que los artículos 6, 7, 8, y 9 de dicha Resolución tipifican las diversas infracciones que dan lugar al procedimiento administrativo sancionador. En el artículo 10, 11 y 12 se recogen las posibles sanciones que puede determinar la Contraloría.

2.1.3 Análisis sobre la Potestad Sancionadora Atribuida a la Contraloría General de la República del Perú

2.1.3.1 Consideraciones Generales

En nuestro país, tal como se ha podido desarrollar *supra*, la función de control del ejercicio de las competencias asignadas a las distintas entidades de la administración, requiere de una cierta especialización cuando el control tiene como objetivo concreto la supervisión del buen manejo económico y financiero de los recursos del Estado, así como la correcta ejecución del presupuesto público. Dicha actividad resulta de vital importancia en un Estado Constitucional, pues el control de la correcta ejecución del presupuesto supone verificar que los recursos públicos se encuentren destinados satisfacer las necesidades de las personas, de la manera más eficiente posible.

En el Perú, esta necesidad es cubierta a través del denominado “Sistema Nacional de Control”, el cual se encuentra integrado tanto por la Contraloría General de la República, como por las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de cada entidad, y, en algunos casos, también por las sociedades de auditoría externa independiente.

En concreto, la Contraloría General de la República es un organismo constitucionalmente autónomo, al cual la Constitución, en el artículo 82, ha designado como la entidad rectora del Sistema Nacional de Control. En esa misma línea de pensamiento, la Ley 27785 reconoce a la Contraloría General de la República como el ente técnico rector del sistema de control en el país. En ese sentido, se le reconoce como una autoridad técnico normativa a nivel nacional que dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con el ámbito de control económico y financiero del Estado, coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de las normas aplicables. Dicho de otra forma, la Contraloría General de la República constituye lo que a nivel internacional se denomina una Entidad Fiscalizadora Superior, es

decir, el órgano que detenta la más importante función de fiscalización o de auditoría económica-financiera del Estado.

En ese sentido, la Contraloría General de la República cuenta con las competencias típicas de toda Entidad Fiscalizadora Superior, tal como puede verificarse de la revisión del artículo 22 de la Ley 27785, entre las cuales se encuentran: acceder en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las distintas entidades de la administración; ordenar que los órganos del Sistema Nacional de Control realicen las acciones de control que considere pertinentes; supervisar y garantizar el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control; ejercer el control de desempeño de la ejecución presupuestal; entre otras.

Dichas competencias se enmarcan en aquellas que han sido reconocidas como las tradicionales que detenta una Entidad Fiscalizadora Superior, tal como reconoce la Declaración de Lima sobre las líneas básicas de fiscalización: a) facultades de investigación, b) facultad de Ejecución de las verificaciones de control, y c) facultad de actividad pericial.¹ En ese sentido, las competencias reconocidas a la Contraloría General de la República pueden enmarcarse en cualquiera de esas tres, además de aquellas competencias que se encuentran referidas a la gestión de la propia entidad.

Con ello queda en evidencia que el ámbito de competencias de la Contraloría se encuentra referido, principalmente, a la fiscalización y a las acciones de control que estime necesarias para vigilar que los recursos del Estado sean empleados de la forma más eficiente posible y dentro del marco jurídico vigente, asegurando una correcta ejecución del presupuesto público que permita el cumplimiento de los fines del Estado, entre los cuales se encuentra, sin duda, la satisfacción de las necesidades de la población, y, por tanto, la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, esta tradicional asignación de competencias con las que cuenta una Entidad Fiscalizadora Superior, no obsta a que, en atención a las exigencias de la realidad, se considere pertinente atribuirle alguna otra competencia inicialmente no prevista que contribuya al fortalecimiento de su rol de control especializado. Ese es el caso de la

¹ Declaración de Lima sobre las líneas básicas de fiscalización (1977). Apartado IV Facultades de las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

potestad sancionadora que se le ha encomendado a la Contraloría, a través de la Ley 29622.

Con el otorgamiento de dicha competencia, se le reconoce a la Contraloría General de la República la facultad de iniciar procedimientos administrativos sancionadores e imponer sanciones a aquellos funcionarios y servidores públicos que hubieran incurrido en responsabilidad administrativa de carácter funcional. Esta opción por otorgar potestad sancionadora funcional a entidades como la Contraloría General de la República, no es exclusiva de nuestro país, la misma ha sido acogida en otros países de la región como Chile o Ecuador, por citar algunos ejemplos.

Al respecto, debe atenderse a que la función preponderante que ejerce la Contraloría General de la República es la función contralora, a través de las llamadas acciones de control. Mediante dichas acciones se pueden identificar actos de corrupción o inconductas funcionales que inciden directamente en la correcta ejecución del presupuesto público y con el erario nacional. Sin embargo, la función de control no se agota necesariamente en la identificación de un hecho que resulte contrario al ordenamiento jurídico vigente en materia económico presupuestaria, sino que también implica la posibilidad de adoptar medidas represivas de dichos hechos que desincentiven la comisión de los mismos y que aseguren la eficacia de las normas, no solo las de carácter general, sino también de aquellas de carácter técnico emitidas por la propia entidad contralora. Es por ello que no resulta ilegítimo que la Contraloría General de la República cuente con la posibilidad de imponer sanciones, pues ello, en principio, puede fortalecer la eficacia de la función de control que le ha sido encomendada.

Más aún si se tiene en cuenta que, dada la alta especialización que requieren las labores encargadas a la Contraloría General de la República, para muchos resulta conveniente que la misma sea la encargada de adoptar las medidas de sanción en relación con las irregularidades que hubiera detectado, pues se trata de la entidad administrativa más calificada para evaluar la gravedad de los actos que identificados y de adoptar las medidas sancionadoras adecuadas con relación a la infracción cometida. Ello sin duda no debe perder de vista una comprensión convencionalizada del tema, en función a las responsabilidades asumidas, mediante tratados y su interpretación vinculante por el Estado peruano en lo referido a la lucha contra el fenómeno de la corrupción.

En este escenario también se hace necesario tener presente que debemos definir los alcances de la potestad sancionadora de carácter funcional o disciplinaria, la cual se refiere a aquella potestad sancionadora ejercida con la finalidad de proteger la organización y funcionamiento de la administración, así como garantizar la probidad de los funcionarios de la administración.²

Ahora bien, conviene también tener presente que, en el marco de la aplicación del principio de legalidad, el cual, en la medida en que nos encontramos en un Estado Constitucional, debe ser entendido también como principio de actuación conforme a la constitucionalidad, en tanto la administración se encuentra sujeta a la Constitución y a las leyes, las potestades de la administración deben encontrarse, en principio, expresamente previstas por la ley, o, en todo caso, desprenderse de ellas como competencias implícitas.

En ese sentido, a través de la Ley 29622 se ha dotado a la Contraloría General de la República de la potestad para sancionar a aquellos servidores y funcionarios públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional. Dicho tipo de responsabilidad es definida por la Novena disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, la cual define la responsabilidad administrativa funcional en los siguientes términos:

“Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia”.

En otras palabras, la responsabilidad administrativa funcional se encuentra íntimamente vinculada al ejercicio de la función administrativa encomendada a cada servidor o funcionario público. De este modo, se incurrirá en responsabilidad cuando, a propósito del ejercicio del cargo

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo. Tomo II. Lima, Palestra, 2011, pp. 1070-1071.

se vulnere el marco normativo, o, pese a actuar dentro de lo prescrito por el ordenamiento jurídico, el funcionario o servidor público desarrolla sus funciones de manera deficiente³.

Ahora bien, el reconocimiento de que los funcionarios y servidores públicos pueden incurrir en esta responsabilidad particular encuentra en el Perú su fundamento normativo en la propia Constitución peruana vigente. Así, en su artículo 39 se prescribe que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio de la Nación”, con lo cual se determina que su actuar debe encontrarse encaminado a la consecución del interés público. Asimismo, sus artículos 40 y 41 encomiendan al legislador regular el régimen de responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos.

Si bien es cierto que la potestad administrativa sancionadora, respecto a la responsabilidad administrativa de carácter funcional, también es tratada por otras normas que regulan la actividad de los servidores y funcionarios públicos, tales como el Decreto Legislativo 276, la Ley 30057, o el Texto único Ordenado de la Ley 27444, por solamente señalar algunos ejemplos. Sin embargo, en este caso en específico, y en razón a la labor especializada que ejerce la Contraloría General de la República, cobra relevancia que esta entidad cuente también con un régimen sancionador propio que fortalezca su rol como Entidad Fiscalizadora Superior.

De este modo, y a través de la Ley 29662, se reconoce a la Contraloría General de la República una doble función: De un lado una función preventiva, pues busca disuadir a los funcionarios y servidores públicos de incurrir en alguna causa de responsabilidad administrativa. Y de otro lado, una función punitiva, pues se dispondrá una sanción efectiva por haber incurrido en alguno de los supuestos de responsabilidad. El que una Entidad Fiscalizadora Superior cuente con dicha competencia, no implica necesariamente una desnaturalización de sus funciones, sino que responde a que, en tanto cuenta con una función de control especializada, puede advertir determinadas irregularidades que otras entidades no podrían. Por tanto, cuenta con los conocimientos técnicos adecuados

3 GARCÍA COBIÁN, Erika. Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del “*ne bis in idem*”. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima, 2014, pp. 28 y 42. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5509/GARCIA_COBIAN_CAS-TRERO_ERIKA_ANALISIS_CONSTITUCIONALIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

para determinar si la irregularidad advertida amerita una sanción y de qué índole. Finalmente, probablemente sólo de esta manera se puedan atender las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano ante temas como el de la lucha contra la corrupción, o el combate al crimen organizado.

2.1.3.2 Legalidad y Tipicidad de las Sanciones Administrativas

Ahora bien, reconocer que una entidad de la administración cuenta con competencias para ejercer la potestad sancionadora, no implica que esta pueda hacerlo de cualquier manera. Tal como se ha señalado, en un Estado Constitucional, el ejercicio de las competencias asignadas a toda entidad de la administración debe sujetarse a lo previsto por la Constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto. En concreto, la potestad administrativa sancionadora, en tanto y en cuanto supone una posible incidencia negativa en la situación jurídica de un individuo, debe ejercerse de manera legítima, con respeto de los derechos fundamentales y de los principios que informan el Derecho administrativo sancionador reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Así, debe atenderse a que las medidas sancionatorias que pueda imponer la Contraloría General a cualquier funcionario o servidor público debe ser el resultado de un procedimiento administrativo sancionador dentro del cual se respete el debido procedimiento, tal como ha reconocido este Tribunal Constitucional (STC 4289-2004-AA/TC, f.j. 2 y 3; STC 0023-2005-AI/TC, f.j. 4), y a nivel Interamericano, la Corte IDH, de acuerdo al caso Ricardo Baena y otros v. Panamá.

Asimismo, la potestad otorgada a la Contraloría General de la República para imponer sanciones a los servidores y funcionarios públicos, no puede desconocer que, entre otros, debe respetar los principios de legalidad y tipicidad. Así, el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución establece que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Si bien dicha disposición, inicialmente puede entenderse como referida al ámbito penal, debe ser interpretada en la medida en que se refiere a la potestad sancionadora del Estado en general, lo que incluye también la potestad para imponer sanciones ante faltas o inconductas de carácter administrativo.

A mayor abundamiento, el inciso 1 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, establece que el principio de legalidad es un principio de la potestad administrativa sancionadora. Asimismo, el artículo 9, literal f) de la Ley 27785, establece que las competencias de control por parte de Contraloría se rigen por el principio de legalidad. Del mismo modo, el artículo 51 de la Ley 29662 dispone que el procedimiento para imponer sanciones por responsabilidad administrativa funcional, se encuentra sujeto a los principios de legalidad y debido proceso.

Conviene entonces tener presente que el principio de legalidad en el marco de la potestad administrativa sancionadora, se haya referido a que debe observarse la reserva de ley, es decir que la potestad para imponer sanciones por parte de una entidad de la administración determinada, debe encontrarse prevista por una norma con rango de ley. En ese sentido, la ley (en sentido material), debe establecer cuál es la autoridad competente para imponer la sanción, así como la determinación de qué sanción es aplicable a quien incurre en ciertos ilícitos administrativos.⁴ Esta determinación debe incluir precisiones sobre sus márgenes de aplicación, cantidad, duración, etcétera.

Del mismo modo, el principio de legalidad supone una prohibición: las infracciones y sanciones no pueden ser establecidas a través de reglamentos. Ahora bien, ello no impide que, a través de un reglamento se pueda especificar o graduar las sanciones, siempre que, a través de estos reglamentos no se creen las sanciones.⁵

En este punto, debe distinguirse entre el principio de legalidad y el de tipicidad o taxatividad. La tipicidad se encuentra recogida en el inciso 4 del artículo 246 del Texto único Ordenado de la Ley 27444 como un principio de la potestad sancionadora de la administración. Este ha sido entendido como un subprincipio contenido en el principio de legalidad, el cual se encuentra referido de manera específica a que las infracciones deben encontrarse claramente determinadas por la ley, de tal forma que se pueda conocer de manera previa la conducta que acarree una sanción administrativa (STC 02192-2004-AA/TC f.j. 5, segundo párrafo;

4 IVANEGA, Miriam. Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. En: Revista de Derecho Administrativo N°. 4, Lima, 2008, pp. 116 y 117.

5 MARTIN, Richard. Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011. En: Revista de Derecho Administrativo, N° 14, Lima, 2014. p. 503; DANÓS, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: *Ius et Veritas* N°. 10, Lima, 1995. p. 153.

STC 00197-2010-PA, f.j. 6; STC 00156-2012-PHC, f.j. 9; STC 00206 2013-PA/TC, f.j. 17).

Así las cosas, para un cabal respeto al principio de tipicidad, debe atenderse al concepto de tipificación exhaustiva, lo cual implica observar lo siguiente:

“Reserva de ley para la descripción de las conductas pasibles de sanción por la administración, certeza en la descripción de conductas sancionables (lo que se aprecia caso a caso), interdicción de interpretación extensiva o análoga de la conducta infractora⁶.”

Ahora bien, y en línea con lo ya señalado, si bien será la ley la encargada de describir la conducta infractora, lo cual supone la proscripción de las llamadas “leyes sancionadoras en blanco”, se admite que estas puedan ser precisadas por vía reglamentaria. Así, corresponderá a la ley establecer los elementos básicos de la conducta infractora, pudiendo incluso emplear conceptos jurídicos indeterminados, siempre que los alcances de los mismos gocen de una cierta claridad, y puede remitir a un reglamento, la regulación de los detalles relativos a la conducta⁷.

En ese sentido, no se cumplirá con el principio de tipicidad si a través de la ley se remite al reglamento la descripción de la conducta, limitándose a señalar solamente, de manera genérica, que constituirá infracción cualquier contravención a los mandatos establecidos por el ordenamiento jurídico⁸. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio. [...]” (00156-2012-PHC/TC, f. j. 9, segundo párrafo).

En las normas mencionadas anteriormente, puede verificarse que a nivel normativo se ha buscado cumplir con los principios antes señalados, correspondiendo ahora analizar si se ha velado por el respeto del

6 MORÓN, Juan Carlos. Los Principios Delimitadores De La Potestad Sancionadora De La Administración Pública En La Ley Peruana. pp. 6 a 10. En: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_los_principios_de_la_potestad_sancionadora_de_la_administracion_en_la_ley_peruana.pdf

7 GALLARDO, María. Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica. Editorial IUSTEL, Madrid, 2008, p. 45; CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo II. Séptima edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002. p. 448.

8 DANÓS, Jorge. Op. cit. p. 153.

principio de proporcionalidad en el caso específico de la potestad sancionadora de la Contraloría.

2.1.3.3 Principio de Proporcionalidad en la Potestad Sancionadora

Un sector de la doctrina ha entendido que el principio de proporcionalidad, se remite al principio de razonabilidad en el marco del derecho administrativo⁹, principio que ha sido recogido tanto por numeral 1.4. del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, así como en el numeral 3 del artículo 230 de la misma norma, siendo esta última aplicable específicamente al procedimiento sancionador. Ella señala que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse una serie de criterios a efectos de su graduación.

Si bien dicha norma se refiere a la obligación de las entidades administrativas de establecer sanciones proporcionales en la evaluación a su cargo en cada caso concreto, debe tomarse en cuenta que la aplicación del principio de proporcionalidad puede darse también en el plano normativo, lo cual genera que se requieran distintos grados o intensidades en la utilización de los criterios que componen el juicio de proporcionalidad, de acuerdo al ámbito específico en que deba ser aplicado¹⁰. En esa línea, la doctrina nacional ha señalado que:

“(...) el principio opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de la aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas”¹¹.

La doctrina colombiana ha desarrollado el juicio de proporcionalidad que debe realizar el legislador al redactar la infracción administrativa y establecer la sanción correspondiente en el marco del derecho administrativo sancionador. En relación a la tipificación de la conducta, el legislador:

9 LEÓN, Miguel Ángel. *El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador. Metodología para la determinación de la sanción administrativa*. En: *Ius et Veritas*. Número 38. 2009, p. 296.

10 TIRADO, José Antonio. *Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional*. En: *Revista de Derecho PUCP*. Número 67. 2011, p. 458.

11 *Idem*.

“(...) tendrá que realizar un juicio de proporcionalidad, gozando para ello de una libertad para determinar la conducta típica que más se adecúe a las necesidades de la sociedad y que, a su mejor entender, contrarreste las actuaciones u omisiones que lesionen, o puedan lesionar, los intereses protegidos por la infracción administrativa”¹².

En esa línea agrega que en cuanto a la redacción de la sanción administrativa, el legislador “tendrá que tener en cuenta tanto la gravedad de la medida contemplada, los costos de aplicación que implica la sanción y otras consecuencias negativas que podrían derivarse de la misma”¹³, así como también deberá contemplar una clasificación de las infracciones de acuerdo con su nivel de gravedad, y paralelamente a ello, un cuadro para las sanciones de acuerdo con su gravedad, lo cual permite graduar la actuación sancionadora¹⁴.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente:

“(...) en cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”¹⁵.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Chile ha considerado de vital importancia la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones administrativas, el cual ha servido para establecer la prohibición de una sanción de pena privativa de la libertad ante la comisión de una falta administrativa¹⁶. Ello ha llevado a que la doctrina chilena considere que el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador representa un “(...) límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa

12 RAMÍREZ-TORRADO, María-Lourdes. *Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano*. En: Estudios Socio-Jurídicos. Número 12, p. 161.

13 RAMÍREZ-TORRADO, María-Lourdes Óp. Cit., p. 162.

14 RAMÍREZ-TORRADO, María-Lourdes Óp. Cit., p. 164.

15 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-125/2003.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. considerandos 20º de las sentencias roles Nos. 787, de 2007; 797, de 2008; 825, de 2008; 829, de 2008 y 1.276, de 2009.

al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo”¹⁷.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que “(...) la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)”¹⁸, la cual

“(...) exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de su causa, o previsible a partir de ella”¹⁹.

Finalmente, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) supone proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Debe existir una correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar.”²⁰

En ese sentido, consideramos que el respeto de este principio tanto a nivel normativo como a nivel de su aplicación al caso concreto, deberá ser respetado en la búsqueda de un procedimiento administrativo sancionador enmarcado dentro de los parámetros propios de un Estado Constitucional.

3 Últimas Modificaciones a la Ley 27444

El 9 de octubre de 2016 fue publicada la Ley N° 30506, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.”, mediante la cual el Congreso de la República delegó en el Gobierno o Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, por el término de noventa (90) días calendario.

Se emitieron entonces un total de 112 Decretos Legislativos, dentro de los cuales debemos destacar el DL N° 1272, el cual modificó la Ley

17 CORDERO, Eduardo. *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2011, p. 425.

18 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 090-2004-AA/TC.

19 Ídem.

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1767-2007-AA/TC. En el mismo sentido, puede verse la sentencia recaída en el expediente 3951-2007-AA/TC.

N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y derogó la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. Dicho DL justifica la modificación de la Ley N° 27444 en base a la necesidad de:

- Optimizar la regulación de los principios del procedimiento administrativos con el fin de tutelar el derecho de los administrados;
- Mejorar el marco sobre notificación electrónica para la simplificación de los procedimientos administrativos; reforzar la facultad de fiscalización posterior;
- Otorgar a la Presidencia del Consejo de Ministros la facultad de estandarizar procedimientos administrativos y de determinar los procedimientos sujetos a aprobación automática;
- Mejorar la regulación sobre el régimen de aprobación de los Textos Únicos de Procedimiento Administrativo;
- Optimizar el alcance de la norma concerniente a la documentación prohibida de solicitar a los administrados;
- Mejorar el régimen concerniente a la aprobación de los derechos de tramitación; formular una mejor regulación sobre los silencios administrativos y sus efectos;
- Optimizar la regulación sobre los procedimientos sancionadores;
- Crear el marco jurídico para la creación de procedimiento administrativos electrónicos. (el subrayado es nuestro)

Al respecto, puede verificarse que una adecuada regulación sobre los procedimientos sancionadores representa uno de los objetivos centrales de este Decreto Legislativo, por lo que a continuación pasaremos a esbozar la actual regulación incluyendo sus últimas modificaciones. Al respecto, es posible identificar los principales cambios que introduce el DL 1272 en materia del procedimiento administrativo sancionador en el Perú, los cuales son los siguientes:

3.1 Artículo 229

En primer lugar, se añade al ámbito de aplicación del capítulo sobre potestad sancionadora de la ley, la aplicación de dichas normas con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, haciendo énfasis en aquellos tributarios. En esa línea de pensamiento, puede verificarse una corrección en la redacción de dicho artículo, estableciendo expresamente que los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en dicho capítulo.

Al respecto, puede verificarse una intención por dar fin a las contradicciones que puede presentar la Ley 27444 con las regulaciones del procedimiento administrativo sancionador presentes en leyes especiales, exigiéndose un mínimo que la regulación de estas últimas debe respetar y que consiste en no imponer condiciones menos favorables para los administrados en comparación con lo establecido por la Ley 27444 en esta materia.

3.2 Artículo 230

Por otro lado, se han realizado diversas modificaciones al artículo 230, el cual recoge los principios de la potestad sancionadora.

Debe destacarse el cambio en la redacción del contenido del principio de debido procedimiento, haciendo énfasis en la prohibición de establecer sanciones sin que se haya respetado las garantías que contiene dicho principio. Asimismo, es importante tomar en cuenta que se ha agregado la obligación que la regulación de todo procedimiento administrativo sancionador debe contar con la separación entre su fase instructora y su fase sancionadora.

Del mismo modo, se han incluido nuevos criterios respecto al principio de razonabilidad de las sanciones agregándose los siguientes:

"El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; La probabilidad de detección de la infracción;
e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción."

De otro lado, los criterios establecidos en los puntos c), e) y f) han sido eliminados de la norma bajo comentario.

En relación al principio de tipicidad, se incluye que a través de la tipificación de infracciones no es posible imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria. Además, se agrega que en la configuración de los regímenes sancionadores debe evitarse la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de los delitos o faltas previstas en las leyes penales o en otras normas administrativas.

Finalmente, respecto al principio de irretroactividad, se agrega que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción.

3.3 Artículo 232

En relación a la determinación de responsabilidad, debemos prestar atención al hecho que se ha agregado al artículo 232 de la ley bajo comentario la posibilidad de dictar medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados. Dichas medidas deben cumplir con encontrarse previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada caso concreto.

3.4 Artículo 233

Puede verificarse una importante modificación relacionada al cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones, pues de un régimen único que establecía la anterior redacción del artículo 233, se ha determinado la necesidad de distinguir entre infracciones instantáneas o instantáneas de efectos permanentes, infracciones continuadas e infracciones permanentes en torno a dicho plazo. En el caso de las primeras, el cómputo inicia desde el día que la infracción se hubiera cometido, mientras que en las segundas, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción. Finalmente, se agrega que el cómputo inicia desde el día que la acción cesó en el caso de infracciones permanentes.

Por otro lado, se ha agregado que es la autoridad quien declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento, manteniéndose la posibilidad de que los administrados puedan plantear la prescripción. Ello modifica la regulación anterior, la cual únicamente establecía la posibilidad que sean los administrados los encargados de plantear la prescripción.

Por último, se habilita a la autoridad la posibilidad de iniciar acciones para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se encuentre ante situaciones de negligencia.

3.5 Artículo 234

En relación a los caracteres del procedimiento sancionador, puede verse cómo se establece de forma obligatoria la diferenciación entre la autoridad de la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción. Ello se encuentra en consonancia con lo establecido por el artículo 230, pues se elimina la referencia a “cuando la organización de la entidad lo permita”, lo cual permite concluir que se trata de una característica que no puede ser pasado por alto en la regulación del procedimiento administrativo sancionador.

Por otro lado, es necesario prestar atención al hecho que ha sido agregado en dicho artículo la facultad de la Administración de revisar de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los probados en las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada, de acuerdo con las normas que regulan los procedimientos de revisión de oficio.

3.6 Artículo 235

La modificación de este artículo regula el procedimiento sancionador tomando en cuenta la distinción entre la autoridad instructora y el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción. Es importante tomar en cuenta que se agrega la existencia de un informe final formulado por la autoridad instructora donde se concluye si se impone o no una sanción, el cual será entregado al órgano competente para decidir la aplicación de la sanción para que decida si es necesario o no la realización de actuaciones complementarias. Asimismo, se establece que dicho informe deberá ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menos de 5 días hábiles.

3.7 Artículo 236

En relación a las medidas de carácter provisional, se ha agregado al artículo 236 una prohibición expresa al dictado de medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos. En esa línea de pensamiento, se ha precisado que dichas medidas no pueden extenderse más allá de lo que resulte indispensable para cumplir los objetivos cautelares en el caso concreto, debiendo revocarse dichas medidas cuando ya no sean indispensables para cumplir con estos objetivos.

Además, se agrega que cuando la autoridad constate, de oficio o a instancia de parte, que se ha producido un cambio de la situación que tuvo en cuenta al tomar la decisión de otorgar las medidas provisionales, estas deberán ser modificadas o sustituidas por otras.

Finalmente, dicho artículo incluye con su modificación las causas que pueden motivar la extinción de las medidas de carácter provisional otorgadas, las cuales son las siguientes:

Por la resolución que pone fin al procedimiento en que se hubiesen ordenado. La autoridad competente para resolver el recurso administrativo de que se trate puede, motivadamente, mantener las medidas acordadas o adoptar otras hasta que dicte el acto de resolución del recurso.

Por la caducidad del procedimiento sancionador.

3.8 Artículo 236-A

Es importante tomar en cuenta que se han agregado nuevas condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones, las cuales son las siguientes:

- El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- Asimismo, se han agregado nuevas condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones, como son:

- Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.
- En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que se establezcan por norma especial.

3.9 Artículo 239

Es importante destacar que han sido agregadas al artículo 239 una serie de faltas administrativas que no se encontraban reguladas en la redacción anterior de la Ley 27444.

4 Reflexión Final

A través de estas líneas hemos buscado evidenciar que cuando hablamos de la Administración Pública, es posible identificar que esta busca hacer cumplir a los administrados a través de diferentes niveles de control, los cuales conllevan determinadas consecuencias que se encuentran vinculadas con el ejercicio del denominado IUS PUNIENDI.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que esta potestad se enmarca en el derecho administrativo sancionador, cuyas materias no se encuentran exentas de eventuales cuestionamientos. En el caso peruano, como hemos podido verificar, nos encontramos en un contexto de luces y sombras, donde resulta interesante el poder analizar algunos recaudos que se vienen tomando en el Perú.

Estos recaudos deben complementarse con lo prescrito a nivel ya no solo administrativo, sino también con lo señalado por la doctrina, y sobre todo, por la jurisprudencia. En esa línea de pensamiento, cobran especial importancia los pronunciamientos del Poder Judicial, de los Consejos de Estado y, por supuesto, de los Tribunales y Cortes Constitucionales. Sin embargo, esto último será materia de un futuro trabajo de investigación.

El Control de la Administración Pública en México

Jorge Fernández Ruiz*

Introducción

Entre los actos más importantes del gobierno figuran los relacionados con el tesoro público, de ahí la importancia de garantizar a los contribuyentes, que aportan una porción de sus riquezas para el sostenimiento del Estado, la seguridad de que el producto de sus contribuciones se emplea en los propósitos autorizados legalmente.

Uno de los peligros permanentes en todo Estado es la posible corrupción de sus agentes; el propósito de prevenirla y evitarla, demanda el ejercicio de la función pública de fiscalización o control, mediante el desempeño de una actividad técnica y esencial del ente estatal dirigida a vigilar, verificar, comprobar y evaluar las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado.

Las organizaciones políticas, al igual que las sociales necesitan de órganos de control y vigilancia que permitan descubrir las desviaciones de su actuación respecto de las disposiciones establecidas en las normas abstractas e impersonales fijadas para su desempeño y, en consecuencia, corregir tales desviaciones, a efecto de alcanzar los fines, metas y objetivos previstos.

Las actividades relativas a la fiscalización, verificación, comprobación y evaluación de las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos,

* Abogado, licenciado en economía, maestro en administración pública, doctor en derecho. Profesor de la UNAM y otras 21 universidades de México y del extranjero. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e integrante del Sistema Nacional de Investigadores.

bienes y derechos del propio Estado, tienen por propósito determinar si su actuación se hizo con apego a la normativa jurídica vigente.

Hoy en día no queda a discusión lo indispensable que resulta para toda organización política o social contar con órganos de control y vigilancia que hagan posible descubrir las desviaciones de su actuación respecto de las disposiciones establecidas en la normativa que regula su desempeño y, en consecuencia, poder corregir tales desviaciones, a efecto de alcanzar los fines, objetivos y metas previstos.

El control y vigilancia de la administración pública se da desde fuera y desde dentro de la misma; en el primer caso, por medio de los órganos jurisdiccionales, del órgano legislativo, del órgano de fiscalización superior, que en el ámbito federal de nuestro país es la Auditoría Superior de la Federación, y del *Ombudsman*; desde dentro, nuestra administración pública federal ejerce la función de fiscalización a través de la Secretaría de la Función Pública, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de los órganos de control internos de cada una de sus dependencias y entidades, así como por medio del recurso administrativo. Situación parecida ocurre en la administración pública de la Ciudad de México y en las de los Estados.

Dicho control se da de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba, de dentro hacia fuera de la administración pública y de fuera hacia dentro de la misma; a este respecto, Joan Subirats, hace notar:

"No podemos aceptar una única perspectiva de control, de arriba abajo, existen, además otras perspectivas tanto o más decisivas: de 'abajo a arriba' (en flujos de información, por ejemplo), de 'dentro' de la administración hacia 'fuera' (en el control de los recursos o servicios que se distribuyen), o de 'fuera' a 'dentro' (en las presiones de grupos de clientes o de interés en conseguir más recursos a cambio de ciertas concesiones o respaldos políticos o de otro tipo).¹"

El ejercicio de la función pública de fiscalización se efectúa con la pretensión de que sus operaciones se efectúen de conformidad con los planes, programas y presupuestos aprobados previamente, con la normativa en vigor y con las instrucciones impartidas. En opinión de José Trinidad Lanz Cárdenas,

¹ Subirats, Joan, Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración, INAP, Madrid, 1989, p. 128.

“en el campo de la función pública, por control debe entenderse el acto contable o técnico que realiza un poder, un órgano o un funcionario que tiene atribuida por la ley, la función de examinar la conveniencia o la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre ellos.”²

1 El Control Externo de la Administración Pública

Imposible mantener el orden constitucional sin control de los órganos depositarios de las funciones del poder público, control que asegura la racionalidad de su ejercicio, lo que implica la sujeción de la administración pública a un régimen de control que conviva con su autonomía.

Conlleva el control externo de la administración pública la presencia de dos sujetos: el sujeto activo o controlador y el pasivo que es la administración pública controlada. En el orden jurídico mexicano, son sujetos activos del control externo: los órganos jurisdiccionales, el órgano legislativo, el órgano de fiscalización superior y el *Ombudsman*.

1.1 Control por Medio de los Órganos Jurisdiccionales

Algunos órganos jurisdiccionales asumen control externo de la administración pública, y se caracterizan: *i-* por ser independientes de la administración pública; *ii-* porque su control versa sobre la posible inconstitucionalidad o ilegalidad del acto impugnado de la administración pública; *iii.* porque actúan en razón de una acción procesal ejercida por un demandante que lo mismo puede ser una autoridad o un administrado, y *iv-* porque sus resoluciones pueden anular o dejar insubsistente el acto administrativo viciado.

Como explica el doctor Daniel Márquez Gómez, desde el punto de vista material, el control judicial o jurisdiccional de la administración es el “que realizan los órganos dotados de facultades materialmente jurisdiccionales, sin importar si son órganos formalmente integrados al poder judicial o se encuentran encuadrados formalmente en la administración. La característica fundamental es que puedan aplicar el derecho en el caso concreto, en ejercicio de sus funciones legales; esto es, que el

² Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La contraloría y el control interbo en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 32.

orden jurídico faculte a estos órganos con la potestad de resolver controversias entre partes emitiendo una resolución o sentencia.”³

El control externo de la administración pública por medio de los órganos jurisdiccionales puede ser de dos tipos: el control de constitucionalidad y el control de legalidad, que admiten diversas modalidades, como son la controversia constitucional, el amparo administrativo, y el contencioso administrativo.

1.1.1 La Controversia Constitucional

Se entiende por controversia constitucional la contienda jurídica suscitada entre órdenes normativos diferentes o entre distintos órganos depositarios de las funciones del poder público; el artículo 105 constitucional confiere competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de controversias constitucionales, salvo las relativas a la materia electoral, en los supuestos previstos en la fracción II de dicho numeral.

La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declare inválida una disposición general de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión o de sus Cámaras o Comisión Permanente; o entre dos poderes de un mismo Estado; o entre dos órganos de gobierno de la Ciudad de México, tendrá efectos *erga omnes*, a condición de que sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los casos restantes, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo surtirán efectos respecto de las partes en la controversia.

Así, el máximo órgano jurisdiccional del país puede ejercer control externo sobre la administración pública federal, a instancias de los órganos legislativos federales: Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores y Comisión Permanente; o de un Estado, de la Ciudad de México, o de un municipio, respecto de la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

³ Véase: Márquez Gómez, Daniel, Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública, México, UNAM; 2003, pp. 29 y 30.

1.1.2 El Amparo Administrativo

En el orden jurídico mexicano, el juicio de amparo constituye la última instancia de impugnación de los procedimientos administrativos y contencioso administrativos, por actos realizados en violación de los derechos de una persona por la administración pública; cuando la sentencia que pone fin al mismo concede el amparo, y el acto reclamado es de carácter positivo, deberán volver las cosas al estado que guardaban antes de la realización del acto; y cuando el acto reclamado consista en una omisión, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija. En ambos casos la protección sólo beneficia a la parte actora en el juicio de amparo, pues no tiene efectos *erga omnes*.

En el caso de que el acto o resolución administrativa se pueda impugnar ante tribunal administrativo o ante tribunal judicial ordinario, procederá juicio de amparo directo, que podrá interponerse ante Tribunal Colegiado de Circuito, contra la sentencia definitiva o resolución de dichos tribunales, que ponga fin al juicio respectivo. Es competente la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra las resoluciones pronunciadas en materia de amparo administrativo directo, siempre que decidan sobre la constitucionalidad de reglamentos expedidos por el Ejecutivo federal o por los gobernadores de los Estados, o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

1.1.3 El Contencioso Administrativo

Alude la locución *contencioso administrativo* tanto a la jurisdicción atribuida a determinados órganos estatales para conocer de las controversias jurídicas suscitadas por la aplicación y ejecución de la normativa administrativa, como al proceso que da curso a esas controversias. En opinión de los doctores Héctor Fix-Zamudio y Héctor Fix-Fierro, “entiéndese por contencioso administrativo el procedimiento que se sigue ante un tribunal u organismo jurisdiccional situado dentro del Poder Ejecutivo o del Judicial, con el objeto de resolver, de manera imparcial e imperativa, las controversias entre particulares y la administración pública.”⁴

4 Fix-Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor, “Contencioso administrativo”, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM-Porrúa, 1998, p. 822.

Lo Contencioso administrativo conlleva, pues, la idea de controversia derivada de la actividad de la administración pública puesta en juicio ante un órgano jurisdiccional en virtud de la pretensión de su contraparte, habida cuenta que la administración goza de la prerrogativa que le permite hacerse justicia a sí misma, a condición de actuar de acuerdo a los lineamientos del procedimiento administrativo preestablecido, lo que se traduce en una actuación legítima.

El contencioso administrativo aparece desde la época colonial, a través de las audiencias y chancillerías reales, cuyas facultades incluían las de controlar los actos administrativos de los virreyes y gobernadores.

Mas, la sistematización del contencioso administrativo en México tiene lugar a mediados del siglo XIX, mediante la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, expedida el 25 de mayo de 1853 por el presidente Antonio López de Santa-Anna, con el refrendo de su ministro de justicia, Teodosio Lares.

Otro intento frustráneo de instaurar el contencioso administrativo en México lo constituyó la Ley sobre lo Contencioso Administrativo de 12 de octubre de 1865, expedida por el sedicente emperador Maximiliano, también a promoción de Teodosio Lares, la que disponía la creación de un organismo denominado Consejo de Estado, al que se atribuía la resolución -sujeta a aprobación de funcionarios administrativos de alta jerarquía-, de las controversias surgidas entre la administración pública y los particulares.

Retomó la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936 la idea de Teodosio Lares, mediante la creación del Tribunal Fiscal de la Federación, ente jurisdiccional, cuyos fallos se emitían a nombre del Ejecutivo federal, formalmente inserto en el área de la administración pública, para dirimir las controversias surgidas entre ésta y los gobernados, en materia tributaria federal.

La estructura, atribuciones e, incluso, denominación de dicho Tribunal fueron objeto de diversas modificaciones; actualmente, en los términos de su Ley Orgánica, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de julio de 2016, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena; se integra por una Sala Superior, la Junta de Gobierno y Administración y por las Salas Regionales Ordinarias, Auxiliares, Especializadas o Mixtas,

Los Magistrados de este Tribunal son nombrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes; los de Sala Superior se nombran para un periodo de quince años improrrogables, mientras que, los de Sala Regional, los de Sala Especializada en materia de Responsabilidades Administrativas y los Supernumerarios de Sala Regional, se nombran por un periodo de diez años, prorrogables por una sola ocasión para otro periodo igual, salvo los magistrados de la Sala Especializada en materia de Responsabilidades Administrativas .

En lo concerniente a los Estados de la República, a partir de la reforma al artículo 116 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de mayo de 2015, “Las constituciones y leyes de los Estados deberán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos y establecer su organización, funcionamiento, procedimientos y, en su caso, recursos contra sus resoluciones (...)”.

En lo tocante a la Ciudad de México, como previene el artículo 40 de su Constitución Política, cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa, dotado de plena autonomía jurisdiccional, administrativa y presupuestaria, para el dictado de sus fallos y para el establecimiento de su organización, funcionamiento.

Actualmente, a escala planetaria, coexisten básicamente dos esquemas distintos para el desempeño de la tarea de juzgar a la administración: el monista y el esquema dual francés.

En el esquema monista o judicialista, el control se asigna, en última instancia, a los tribunales judiciales, y admite varias modalidades, como la del sistema monista puro, que es el tradicional de los países anglosajones, conforme al cual los tribunales ordinarios conocen y resuelven los conflictos en los que es parte la administración pública. Otra modalidad del esquema monista no impide que en ciertas materias especiales, tengan competencia tribunales contencioso administrativos destinados a ejercer control de los actos de la administración, en lo que viene a ser una primera instancia, la que, por tanto, no es definitiva, habida cuenta que, contra sus sentencias se prevé recurso oponible ante tribunales judiciales —en México en la vía de Amparo—, que son quienes deciden en definitiva.

Hoy en día se advierte una tendencia, cada vez más significativa, de fusionar ambos esquemas, mas, al margen de la eventual fusión de los

modelos existentes para juzgar a la administración, lo más importante es que todo sistema de justicia administrativa garantice un juicio justo ante un juzgador imparcial e independiente.⁵

1.2 Control por Medio de los Órganos Legislativos

El control y fiscalización de la administración pública, por parte de los órganos legislativos están previstos principalmente en los artículos constitucionales 73, fracción XXIV; 74, fracciones IV y V; 76, fracción VII; 79 y 93; así, el primero de los artículos señalados otorga facultad al Congreso de la Unión para expedir la ley que regule la organización de la Auditoría Superior de la Federación, cuya principal atribución consiste en la revisión de la cuenta pública.

En su fracción IV, el artículo 74 constitucional confiere a la Cámara de Diputados la facultad exclusiva consistente en aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, que conlleva el control presupuestal de la administración pública federal.

Complementariamente, la fracción VI de dicho artículo constitucional, otorga a la Cámara de Diputados la facultad exclusiva de la revisión de la Cuenta Pública, que entraña el control del gasto, a efecto de comprobar si la administración pública se ajustó a los montos y criterios señalados en el presupuesto y al cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas respectivos.

Vengo de decirlo, la revisión de la cuenta pública la efectúa la Cámara de Diputados a través de la Auditoría Superior de la Federación. “Si del examen que ésta realice aparecieran discrepancias entre las cantidades correspondientes a los ingresos o a los egresos, con relación a los conceptos y las partidas respectivas o no existiera exactitud o justificación en los ingresos obtenidos o en los gastos realizados, se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la Ley.”

Por su parte, la fracción V del artículo 73 constitucional otorga a la Cámara de Diputados la facultad exclusiva de declarar si procede, o no, ejercer acción penal en contra de funcionarios públicos, dotados de impunidad, acusados de comisión de delitos, así como de conocer de las imputaciones que se hagan a los ocupantes de los altos cargos de la administración pública federal: secretarios de despacho, jefes de

⁵ González Pérez; Jesús, Derecho procesal administrativo mexicano, 2ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 127.

departamento administrativo y directores generales, o sus equivalentes, de organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, y fungir como órgano de acusación en los juicios políticos que contra ellos se instauren, facultad que, obviamente, está destinada a controlar la actuación de dichos funcionarios de la administración pública.

Otro tanto puede decirse de la fracción VII del artículo 76 constitucional, que confiere al Senado la facultad exclusiva de erigirse en jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos de la administración pública federal, mencionados en el párrafo anterior, y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho.

El artículo 79 constitucional confiere a la Auditoría Superior de la Federación autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, encargándole fiscalizar los ingresos y egresos; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y, por tanto, de la administración pública federal.

El artículo 93 constitucional establece a cargo de los órganos legislativos tres medidas de control respecto de las dependencias y entidades de la administración pública federal, a saber: la obligación de los secretarios del despacho, de dar cuenta al Congreso, luego que esté abierto el periodo de sesiones ordinarias, del estado que guarden sus respectivos ramos; la posibilidad de que cualquiera de las Cámaras legislativas cite a dichos funcionarios, y a los titulares de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y órganos constitucionales autónomos, para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un negocio relativo a sus respectivos ramos; y la facultad de las Cámaras para integrar comisiones para investigar el funcionamiento de las mencionadas instituciones públicas.

Los antecedentes de la primera de las referidas medidas de control establecidas en el artículo 93 constitucional, se remontan a la Constitución de 1824, que dispuso: “Los secretarios del despacho darán a cada cámara, luego que estén abiertas sus sesiones anuales, cuenta del estado de su respectivo ramo.”

La primera y segunda medidas de control contempladas en el artículo 93 constitucional se limitaban, en el texto original, a los secretarios

de Estado, y en el caso de la segunda de dichas medidas se incluyó también a los titulares de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

El 6 de diciembre de 1977 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la adición del tercer párrafo al artículo 93 constitucional, del tenor siguiente: “Las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad, si se trata de los senadores, tienen la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal.”

Como se advierte fácilmente, las referidas facultades de control de la administración pública atribuidas por el artículo 93 constitucional son bastante inocuas, porque en el sistema presidencialista vigente, a diferencia del parlamentario, las críticas que puedan hacer las Cámaras legislativas a los secretarios del despacho y a los titulares de las entidades paraestatales, no tienen mayor repercusión, habida cuenta que dichas críticas o censuras no son traducibles en sanciones.⁶

1.3 Control por Medio del Órgano de Fiscalización Superior

Utilizo la locución *función pública* para referirme a la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad -de donde su indelegabilidad-, cuya realización atiende al interés público, entre las que destacan la función legislativa, la función jurisdiccional y la función administrativa, al lado de las cuales, emergen otras de nuevo cuño, cuya aceptación se incrementa día a día, entre ellas figura la de fiscalización o de control, que se desarrolla mediante acciones de vigilancia, verificación, comprobación y evaluación de las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado, con el propósito de determinar si su actuación se realizó con apego a la normativa jurídica aplicable.

⁶ Véase: Carpizo, Jorge, Comentario al artículo 93, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada, México, UNAM-Porrúa, 17^a ed., 2003, t. III, p. 363.

Tales acciones pueden efectuarse desde el interior de las instituciones públicas encargadas de dicho manejo o desde el exterior de ellas; lejos de excluirse, deben complementarse uno y otro ámbito de control.

En lo que atañe a la fiscalización que debe realizarse desde el ámbito exterior de las instituciones públicas, en nuestro país, los artículos 73, 74 y 79 constitucionales prevén la existencia de la Auditoría Superior de la Federación que, con autonomía técnica y de gestión, se encarga de fiscalizar en forma posterior el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales, así como de la fiscalización de los recursos federales que ejerzan las entidades federativas, los municipios y los particulares; entre sus atribuciones figuran las de:

"Fiscalizar en forma posterior los ingresos, egresos y deuda; las garantías que, en su caso, otorgue el Gobierno Federal respecto a empréstitos de los Estados y Municipios; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales, así como realizar auditorías sobre el desempeño en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas federales, a través de los informes que se rendirán en los términos que disponga la Ley.

También fiscalizará directamente los recursos federales que administren o ejerzan las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México. En los términos que establezca la ley fiscalizará, en coordinación con las entidades locales de fiscalización o de manera directa, las participaciones federales. En el caso de los Estados y los Municipios cuyos empréstitos cuenten con la garantía de la Federación, fiscalizará el destino y ejercicio de los recursos correspondientes que hayan realizado los gobiernos locales. Asimismo, fiscalizará los recursos federales que se destinen y se ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, fondos y mandatos, públicos o privados, o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero.

Las entidades fiscalizadas a que se refiere el párrafo anterior deberán llevar el control y registro contable, patrimonial y presupuestario de los recursos de la Federación que les sean transferidos y asignados, de acuerdo con los criterios que establezca la Ley.

La Auditoría Superior de la Federación podrá solicitar y revisar, de manera casuística y concreta, información de ejercicios anteriores al de la Cuenta Pública en revisión, sin que por este motivo se entienda, para todos los efectos legales, abierta nuevamente la Cuenta Pública del ejercicio al que pertenece la información solicitada, exclusivamente

cuando el programa, proyecto o la erogación, contenidos en el presupuesto en revisión abarque para su ejecución y pago diversos ejercicios fiscales o se trate de revisiones sobre el cumplimiento de los objetivos de los programas federales. Las observaciones y recomendaciones que, respectivamente, la Auditoría Superior de la Federación emita, sólo podrán referirse al ejercicio de los recursos públicos de la Cuenta Pública en revisión.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, en las situaciones que determine la Ley, derivado de denuncias, la Auditoría Superior de la Federación, previa autorización de su Titular, podrá revisar durante el ejercicio fiscal en curso a las entidades fiscalizadas, así como respecto de ejercicios anteriores. Las entidades fiscalizadas proporcionarán la información que se solicite para la revisión, en los plazos y términos señalados por la Ley y, en caso de incumplimiento, serán aplicables las sanciones previstas en la misma. La Auditoría Superior de la Federación rendirá un informe específico a la Cámara de Diputados y, en su caso, promoverá las acciones que correspondan ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción o las autoridades competentes;

Entregar a la Cámara de Diputados, el último día hábil de los meses de junio y octubre, así como el 20 de febrero del año siguiente al de la presentación de la Cuenta Pública, los informes individuales de auditoría que concluya durante el periodo respectivo. Asimismo, en esta última fecha, entregar el Informe General Ejecutivo del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública, el cual se someterá a la consideración del Pleno de dicha Cámara. El Informe General Ejecutivo y los informes individuales serán de carácter público y tendrán el contenido que determine la ley; estos últimos incluirán como mínimo el dictamen de su revisión, un apartado específico con las observaciones de la Auditoría Superior de la Federación, así como las justificaciones y aclaraciones que, en su caso, las entidades fiscalizadas hayan presentado sobre las mismas.

Para tal efecto, de manera previa a la presentación del Informe General Ejecutivo y de los informes individuales de auditoría, se darán a conocer a las entidades fiscalizadas la parte que les corresponda de los resultados de su revisión, a efecto de que éstas presenten las justificaciones y aclaraciones que correspondan, las cuales deberán ser valoradas por la Auditoría Superior de la Federación para la elaboración de los informes individuales de auditoría.

El titular de la Auditoría Superior de la Federación enviará a las entidades fiscalizadas los informes individuales de auditoría que les corresponda, a más tardar a los 10 días hábiles posteriores a que haya sido entregado el informe individual de auditoría respectivo a la Cámara de Diputados, mismos que contendrán las recomendaciones y acciones que correspondan para que, en un plazo de hasta 30 días hábiles, presenten la información y realicen las consideraciones que estimen pertinentes; en caso de no hacerlo se harán acreedores a las sanciones establecidas en Ley. Lo anterior, no aplicará a las promociones de

responsabilidades ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, las cuales se sujetarán a los procedimientos y términos que establezca la Ley.

La Auditoría Superior de la Federación deberá pronunciarse en un plazo de 120 días hábiles sobre las respuestas emitidas por las entidades fiscalizadas, en caso de no hacerlo, se tendrán por atendidas las recomendaciones y acciones promovidas.

En el caso de las recomendaciones, las entidades fiscalizadas deberán precisar ante la Auditoría Superior de la Federación las mejoras realizadas, las acciones emprendidas o, en su caso, justificar su improcedencia.

La Auditoría Superior de la Federación deberá entregar a la Cámara de Diputados, los días 1 de los meses de mayo y noviembre de cada año, un informe sobre la situación que guardan las observaciones, recomendaciones y acciones promovidas, correspondientes a cada uno de los informes individuales de auditoría que haya presentado en los términos de esta fracción. En dicho informe, el cual tendrá carácter público, la Auditoría incluirá los montos efectivamente resarcidos a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales, como consecuencia de sus acciones de fiscalización, las denuncias penales presentadas y los procedimientos iniciados ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

La Auditoría Superior de la Federación deberá guardar reserva de sus actuaciones y observaciones hasta que rinda los informes individuales de auditoría y el Informe General Ejecutivo a la Cámara de Diputados a que se refiere esta fracción; la Ley establecerá las sanciones aplicables a quienes infrinjan esta disposición;

Investigar los actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita en el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos federales, y efectuar visitas domiciliarias, únicamente para exigir la exhibición de libros, papeles o archivos indispensables para la realización de sus investigaciones, sujetándose a las leyes y a las formalidades establecidas para los cateos, y

Derivado de sus investigaciones, promover las responsabilidades que sean procedentes ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, para la imposición de las sanciones que correspondan a los servidores públicos federales y, en el caso del párrafo segundo de la fracción I de este artículo, a los servidores públicos de los estados, municipios, del Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales, y a los particulares."

1.4 Control por Medio del *Ombudsman*

Suecia realizó una importantísima contribución a la defensa universal de los derechos humanos, mediante la institución del Ombudsman, cuyos orígenes se remontan a las postrimerías del siglo XVI, cuando

apareció el *Konungens Hogste Ombudsmannen* (Procurador Supremo de la Corona) encargado de supervisar la legalidad de los actos de los funcionarios públicos.⁷

En 1719, sin variar sus funciones, el *Hogste Ombudsmannen* cambió su denominación por la de *Justitiekansler* (Canciller de Justicia), mismo que de 1766 a 1772, dejó de ser representante del rey para serlo de la asamblea estamental, cuerpo que tuvo a su cargo su nombramiento.⁸

El *Ombudsman* aparece con nitidez y con el nombre específico de *Justitieombudsman*, en la Constitución de Suecia de 1809, porque, como hace notar Álvaro GilRobles y GilDelgado, las funciones que le asignó en su artículo 96, consistían en: controlar la observancia de las leyes por los tribunales y los funcionarios, y demandar ante los tribunales competentes, de acuerdo con las leyes, a aquellos que en el ejercicio de su función hubieran, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, cometido ilegalidades o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo.(353)

El documento constitucional de Suecia de 1974, cuya vigencia se inicia en 1975, refrenda en lo fundamental la figura del *Ombudsman* delineada en su Constitución de 1809.

En la segunda década del siglo XX, Finlandia adoptó el *Ombudsman*. Después de la Segunda Guerra Mundial, lo adoptaron Noruega y Dinamarca, lo que a los ojos de los demás países de la comunidad internacional dio a dicha institución un carácter escandinavo que más tarde se convirtió en universal, cuando Nueva Zelanda, Israel, Portugal, España, México y un gran número de países incorporaron a sus ordenamientos jurídicos dicha institución.

Algunos rasgos se consideran esenciales en el *Ombudsman*, pues sin ellos esta institución no se constituye como tal o se confunde con otra; esos caracteres esenciales son los siguientes:

- Receptor de quejas populares contra el poder público.
- Mecanismo de defensa de los derechos humanos.
- Órgano autónomo de vigilancia del poder público.
- Órgano apolítico.
- Sus resoluciones no son vinculatorias.
- Tiene acceso a toda documentación e información oficial.

7 Véase: Fairén, Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo; ombudsman*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 35.

8 Véase: Rudholm, Sten, "El canciller de justicia", *El ombudsman*, prefacio e introducción de Donald C. Rowat., trad. Edeuardo L. Suárez, México, FCE, 1973, P. 49.

- Sus requisitos procesales son mínimos.

La “Procuraduría de Pobres” representa el primer antecedente del *Ombudsman* en México; fue creada en San Luis Potosí por Decreto número 18 del Congreso local, del 5 de marzo de 1847, publicado en el número 74 del periódico potosino *La Época*, del 11 de marzo de 1847.

En la actualidad, la institución del *Ombudsman* se ha establecido en México, de acuerdo a un esquema federal estructurado en dos ámbitos: el de las entidades federativas, y el ámbito nacional; juntos integran el sistema nacional de *ombusman* para protección de los derechos humanos.

En el referido sistema encontramos dos instancias: la primera a cargo de los organismos públicos creados por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en cada una de las entidades federativas, para la protección de los derechos humanos. Tales organismos conocen de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por cualquier autoridad o servidor público local, salvo de los del Poder Judicial de la Federación que violen esos derechos.

La segunda instancia está a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual conoce de inconformidades que se presentan respecto de las recomendaciones, de los acuerdos y de las omisiones de los organismos que tienen a su cargo la primera instancia, por medio de dos recursos distintos: el recurso de queja y el de impugnación.

Tratándose de quejas presentadas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por autoridad o servidor público federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, existe una única instancia, la cual está a cargo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Las quejas presentadas al *Ombudsman* nacional o local no afectan el ejercicio de otros medios de defensa que pueda tener el interesado, ni interrumpen o suspenden los plazos preclusivos.

Tanto los organismos públicos locales de protección de derechos humanos como la Comisión Nacional mencionada, emiten recomendaciones públicas autónomas *no vinculatorias*, que obtienen divulgación en los medios masivos de comunicación, se dictan por los titulares de cada comisión u organismo equivalente, sin recibir instrucciones ni consignas de nadie; y no tienen carácter obligatorio, o sea, las autoridades o servidores públicos a quienes se dirigen, no tienen la obligación legal de cumplirlas.

El presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos viene a ser el *Ombudsman* nacional, por tener, como ya se dijo, competencia en todo el territorio del país, para conocer de presuntas violaciones de derechos humanos imputadas a los servidores públicos federales, con excepción de los del Poder Judicial Federal.

Entres las atribuciones principales de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, relacionadas con el control de la administración pública, figuran las de:

"Recibir quejas por presuntas violaciones a derechos humanos, sin que las mismas afecten el ejercicio de otros derechos o medios de defensa que puedan corresponder a los afectados, ni suspender o in-terrumper plazos preclusivos.

Conocer e investigar presuntas violaciones de derechos humanos por: i) actos u omisiones administrativas de carácter federal; ii) ilícitos cometidos por particulares con la anuencia o tolerancia de algún servidor público o autoridad, o cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las funciones que legalmente les correspondan en relación con tales ilícitos.

Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias.

Conocer y decidir sobre los recursos interpuestos contra las recomendaciones y acuerdos emitidos por los organismos públicos de protección de derechos humanos de las diversas entidades federativas, o contra las omisiones o la inactividad de dichos organismos, o por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de los mismos.

Supervisar el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país.

Ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el procedimiento será sencillo y breve, de acuerdo con los principios de inmediatez, concentración y rapidez."

2 El Control Interno de la Administración Pública

Para su control interno de la administración pública se utiliza el recurso administrativo y la realización de diversas acciones desarrolladas, en el ámbito federal, principalmente por medio de la Secretaría de la Función Pública, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Contraloría de cada una de sus dependencias y entidades.

2.1 Control por Medio del Recurso Administrativo

La instauración del recurso administrativo permite que los errores y excesos de la administración pública, en perjuicio de los particulares, sean corregidos por ella misma, sin la intervención de otros órganos del poder público, lo que permite explicarlo como un mecanismo de auto-control, empero, como bien apunta el doctor Gonzalo Armienta Hernández, “más que una prerrogativa de la autoridad para corregir sus errores es un medio de defensa del administrado.”⁹

Numerosas son las definiciones del recurso administrativo propuestas en la doctrina, entre otras, recordamos la del jurista argentino Héctor Jorge Escola, para quien se trata de “una actividad de control administrativo correctiva, de tipo jurisdiccional, que se promueve de parte interesada contra un acto administrativo, con el objeto de mantener la juridicidad de la administración, concurriendo, al mismo tiempo, a garantizar los derechos e intereses de los administrados.”¹⁰

En su artículo 83, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 4 de agosto de 1994, establece que “Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.” Y en virtud de su artículo segundo transitorio, derogó los diversos recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas en las materias reguladas por ella reguladas, por lo que no siendo aplicable a las materias de carácter fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al ministerio público en ejercicio de sus funciones constitucionales, ni tampoco --con la salvedad del título tercero A-- a las materias de competencia económica, prácticas desleales de comercio internacional, y financiera, quedaron subsistentes los recursos administrativos previstos en las leyes reguladoras de dichas materias.

9 Armienta Hernández, Gonzalo, Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos, México, Porrúa, 1991.

10 Escola, Héctor Jorge, Tratado teórico práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 217.

2.2 Por Medio de la Secretaría de la Función Pública

Entre las atribuciones de fiscalización y control conferidas a la Secretaría de la Función Pública, sobresalen las siguientes:

"Organizar y coordinar el sistema de control interno y la evaluación de la gestión gubernamental y de sus resultados; inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los Presupuestos de Egresos.

Expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos de control interno de la Administración Pública Federal, conforme a las bases y principios que al respecto emita el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción.

Vigilar el cumplimiento de las normas de control interno y fiscalización, así como asesorar y apoyar a los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Vigilar el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las disposiciones en materia de planeación, presupuestación, ingresos, financiamiento, inversión, deuda y patrimonio.

Realizar auditorías a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, con el objeto de examinar, fiscalizar y promover la eficacia, eficiencia, economía y legalidad en su gestión y encargo.

Fiscalizar directamente o a través de los órganos internos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de sistemas de registro y contabilidad, contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, arrendamiento financiero, servicios y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal.

Designar y remover a los auditores externos de las entidades, así como normar y controlar su desempeño.

Designar y remover a los titulares de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de las unidades administrativas equivalentes en las empresas productivas del Estado, quienes dependerán jerárquica, funcional y presupuestalmente de la Secretaría de la Función Pública.

Llevar y normar el registro de servidores públicos de la Administración Pública Federal, recibir y registrar las declaraciones patrimoniales y de intereses que deban presentar, así como verificar su contenido mediante las investigaciones que resulten pertinentes de acuerdo con las disposiciones aplicables.

Atender las quejas que presenten los particulares con motivo de convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades

de la Administración Pública Federal, salvo los casos en que otras leyes establezcan procedimientos de impugnación diferentes.

Conocer e investigar las conductas de los servidores públicos de la Administración Pública Federal que puedan constituir responsabilidades administrativas, y en su caso, aplicar las sanciones que correspondan en los casos que no sean de la competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y, cuando se trate de faltas administrativas graves, ejercer la acción de responsabilidad ante ese Tribunal; así como presentar las denuncias correspondientes ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.

Ejercer las facultades que la Constitución le otorga a los órganos internos de control para revisar, mediante las auditorías a que se refiere el presente artículo, el ingreso, manejo, custodia y ejercicio de recursos públicos federales."

2.3 Control por Medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

A través de sus subsecretarías, de la Procuraduría Fiscal de la Federación y de la Tesorería de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fiscaliza y controla a las dependencias y entidades de la administración pública federal, en ejercicio de facultades expresas que le confieren la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, otros ordenamientos legales y el Decreto que aprueba el Presupuesto Anual de Egresos de la Federación.

2.4 Control por Medio del Órgano Interno de Cada Dependencia y Entidad de la Administración Pública

En el ámbito interno de cada dependencia y entidad de la administración pública federal, el control y fiscalización es ejercido por su Contraloría Interna, cuyo titular, al igual que los de sus áreas de auditoría, quejas y responsabilidades, son designados por la Secretaría de la Función Pública.

Bibliografía

Armienta Hernández, Gonzalo, Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos, México, Porrúa, 1991.

- Carpizo, Jorge, Comentario al artículo 93, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada, México, UNAM-Porrúa, 17^a ed., 200.
- Escola, Héctor Jorge, Tratado teórico práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- Fairén, Guillén, Víctor, *El defensor del pueblo*; ombudsman, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- Fix-Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor, “Contencioso administrativo”, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM-Porrúa, 1998.
- González Pérez; Jesús, Derecho procesal administrativo mexicano, 2^a ed., México, Porrúa, 1998.
- Lanz Cárdenas, José Trinidad, La contraloría y el control interbo en México, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Márquez Gómez, Daniel, Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública, México, UNAM; 2003.
- Rudholm, Sten, “El canciller de justicia”, *El ombudsman*, prefacio e introducción de Donald .C. Rowat., trad. Edeuardo L. Suárez, México, FCE, 1973.
- Subirats, Joan, Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración, INAP, Madrid, 1989.

El Control Administrativo en los Sectores Regulados

Rodrigo Ferrés Rubio*

1 Sobre el Concepto y los Tipos de Control de la Administración

La actividad de la Administración en el campo de la economía abarca importantes sectores como las telecomunicaciones, los servicios postales, la actividad de intermediación financiera, la actividad de seguros, los hidrocarburos, la energía eléctrica, entre otros. Estas actividades, de naturaleza comercial e industrial, son prestadas por el Estado (en régimen de libre competencia, salvo excepciones) bajo una organización administrativa descentralizada denominada por la Constitución como “Entes Autónomos y Servicios Descentralizados”.

Dicha actividad prestacional está sometida al propio contralor de la Administración, sin perjuicio de aquel que se ejerce sobre las personas de Derecho privado.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término *control* proviene del francés, *contrôle*. En su primera acepción el significado es: “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”.¹ Y es que en esta materia el control o contralor sobre una actividad determinada implica la comprobación de la regularidad jurídica de los actos y gestiones que dichas entidades descentralizadas desarrollan.

Como bien advierte Durán Martínez, de la definición transcrita vemos que refiere a una actividad, pero no señala su finalidad. Como se trata de una actividad humana y como toda actividad humana tiene

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica del Uruguay, Máster en Derecho Administrativo por la Universidad de Navarra y Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Red Internacional de Bienes Públicos, del Departamento de Derecho Público de la Universidad Católica del Uruguay, del Colegio de Abogados del Uruguay y de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía.

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe. Buenos Aires, 2002, t. I, p. 645.

un fin, también esta actividad tiene un fin². El control es, además, una actividad que procura determinar la regularidad de algo y, en el caso que nos ocupa, dicha regularidad es jurídica y técnica.

Como se ha dicho, como actividad humana que es, es una actividad finalizada. Se realiza por el conocimiento mismo, o para corregir el mal funcionamiento de algo o para evitar que, en el futuro, se reitere el mal funcionamiento. Esa finalidad dependerá del tipo de control, puesto que hay distintos tipos de control: en el ámbito de la filosofía, de la medicina, de la mecánica o del derecho, por ejemplo. El control de la actividad administrativa pertenece al ámbito jurídico.³

Respecto de la noción de *control de la actividad administrativa* o de *control administrativo*, Sayagués Laso utiliza el término contralor; concepto sinónimo al de control.

Dicho autor afirma que los procedimientos de contralor están destinados a asegurar que la actividad administrativa se realice conforme a derecho y a los principios de buena administración. Afirma que esos procedimientos tienen la finalidad de llegar a un pronunciamiento sobre la actividad administrativa controlada. Entiende que el contralor de una actividad supone un juicio lógico respecto a si dicha actividad se conforma o no a las reglas que la regulan.⁴

Otros autores -como Cagnoni- han definido a éste tipo de control como “un poder jurídicamente regulado mediante el cual el órgano controlador en conocimiento informado debidamente sobre la actividad o los actos emitidos o que se propone emitir el órgano controlado o la conducta de los soportes de los órganos, verificando la relación de conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico y los principios de oportunidad y conveniencia que de él surgen, emita un acto en el sentido de impedir la emisión o la eficacia de voluntad del órgano controlado, o aprobándola o autorizándola o consiguiéndola por eliminación o rectificación o, en su caso, aplicando una medida respecto de la conducta de los soportes de los órganos.”⁵

A su vez, y a los efectos de la comprobación de la regularidad jurídica que se ejerce a través del control debe tenerse presente que el

2 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, en prensa, pp. 2 y 3.

3 Ibidem.

4 SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo MARTINS, F.C.U. Montevideo, 2010, t. II, p. 405.

5 CAGNONI, José A. *Introducción a la teoría del control*. Editorial Universidad. Montevideo, 1996, p. 37. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., pp. 4 y ss.

ordenamiento jurídico no se compone solo de normas sino también de principios y, ante los principios, se requiere ponderación.⁶

En suma, podemos definir al control de la Administración como la acción de verificación de la regularidad de una actividad administrativa con el fin de procurar que los instrumentos de que dispone la Administración sean utilizados correctamente⁷.

El control puede dividirse de conformidad con múltiples criterios: a) *en base a la función ejercida* el control, se clasifica en legislativo, jurisdiccional o administrativo; b) *en base a la oportunidad*, en preventivo, concomitante o a posteriori; c) *en cuanto al objeto*, se distingue el control sobre las personas o sobre la actividad; d) *según el motivo*, el control puede ser de legitimidad o de mérito; e) *según sus efectos*, el control puede producir o no efectos jurídicos; f) también se distingue *quién tiene la iniciativa*, de oficio o a petición de interesado; g) *según si es intrasistema o extrasistema*, se distinguen los controles internos de los externos; h) *según el ámbito territorial*, tenemos controles nacionales o departamentales.

A su vez, el control puede clasificarse *por materia*: financiera, telecomunicaciones, energía, derecho de la competencia, relaciones de consumo, etc. Y desde el *punto de vista subjetivo*, se puede distinguir el control parlamentario, el judicial, el administrativo y el cívico.⁸

En el presente trabajo trataremos únicamente el *control administrativo sobre las actividades administrativas y personas públicas estatales* que desempeñan o prestan aquellas, las cuales, respecto de su naturaleza jurídica se constituyen como “Entes Autónomos” y “Servicios Descentralizados”, del dominio comercial e industrial del Estado.

2 Sobre la Descentralización Funcional o por Servicios

Como se indicó precedentemente, el control administrativo es el ejercido por la Administración. Entendemos por Administración pública, a

6 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo. Proyecciones en el Derecho Administrativo uruguayo”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., PAREJO ALFONSO, Luciano, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Coordinadores). *La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Temis-AIDA. Tirant lo Blanch- Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2014, p. 198.

7 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., p. 5

8 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., pp. 6 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado...*, t. II, pp. 406 y ss.; CAGNONI, José Aníbal. *Introducción a la...*, pp. 41 y ss.; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho Administrativo General*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2013, vol. 2, pp. 280 y ss.

todo órgano del Estado que ejerce función administrativa. El control administrativo se ejecuta solo a través de la función administrativa.

Si bien existen, como se indicó, múltiples tipologías que clasifican al “control” a los efectos del estudio del control administrativo en los sectores regulados utilizaremos el criterio que distingue entre *control interno* y *control externo*.

Como correctamente se ha afirmado, si se realiza una primera aproximación a este criterio, podemos decir que el *control interno* es el que se realiza dentro del mismo sistema orgánico y el *externo* es el que efectúa un órgano de un sistema, sobre la actividad de otro órgano de otro sistema⁹.

Aparte de esta primera noción, como luego se verá, habrá de considerarse control externo aquel que, aunque se practica sobre órganos o soportes de órganos integrantes del mismo sistema, desenvuelven potestades no técnicas, sino jurídicas. Y esto ocurre porque ese control también se efectúa sobre particulares, con lo que las potestades, necesariamente, deben ser jurídicas y, por ese motivo, por una razón de igualdad, esas potestades jurídicas se deben emplear sobre los órganos, aunque sean internos.¹⁰

Méndez define al sistema orgánico como “la serie de órganos enlazados en virtud de un orden que pone los componentes al servicio del todo en consideración a tareas específicas.”¹¹

De conformidad con lo expuesto, existen tres sistemas orgánicos: el centralizado, el descentralizado y el acentralizado.¹²

El *sistema centralizado* implica un ordenamiento orgánico simple, de relaciones puramente internas, de naturaleza técnica. Hay un solo centro, con primacía jerárquica, esto es, con poderes de mando y jurídicos que le permiten regular la actividad de las unidades componentes.¹³ Dicho de otro modo, la centralización es “un sistema orgánico ordenado mediante relación jerárquica.”¹⁴ Es el sistema básico de la estructura estatal. Cualquiera sea la forma del Estado existe y está presente en todas las entidades estatales.¹⁵

9 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., p. 32.

10 Ibidem.

11 MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas orgánicos*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973, t. I, p. 10.

12 MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas...*, loc. cit., pp. 26 y ss.

13 MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas...*, loc. cit., p. 27.

14 MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas...*, loc. cit., p. 79.

15 MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas...*, loc. cit., pp. 31 y ss.

El *sistema descentralizado* es un sistema compuesto formado por dos simples, fijos y supraordenados, a los cuales el autor citado denomina “primario” y “secundario”, vinculados por un nexo que llama primacía institucional, que ejerce el primero sobre el segundo y, a veces, además, el primario tiene sobre el secundario, supremacía institucional y primacía jurídica. La competencia del sistema compuesto surge de la articulación de la competencia de los dos simples.¹⁶

La primacía institucional y la supremacía institucional facultan al órgano que la posee a impartir directivas. La diferencia entre una y otra radica en que la primera implica una posición de preeminencia relativa, mientras que la segunda es absoluta.¹⁷

La primacía jurídica implica la posibilidad de rever un acto jurídico de otro.¹⁸

El primario ejerce predominantemente funciones pasivas o de contralor, aunque posee algunas potestades de administración activa y el secundario ejerce predominantemente funciones de administración activa, bajo el control del primario, sin perjuicio de ejercer también algunas funciones pasivas.

El sistema primario se encuentra enclavado en otro llamado comúnmente central o principal. “Es la fracción o parte del central o principal a la que se le da competencia descentralizada”.¹⁹ Por eso es que se dice que el sistema descentralizado es derivado.

Méndez ha definido la descentralización, además, “como un sistema derivado y compuesto mediante el cual una organización ejerce directamente por sí, con poderes propios de decisión específicamente controlados, actividades que naturalmente corresponden a un orden administrativo más amplio.”²⁰

El *sistema orgánico acentralización* es también un sistema orgánico compuesto formado por dos simples. Pero estos sistemas no están supraordenados sino equiordenados y no son fijos sino móviles. Estos

16 MÉNDEZ, Aparicio, “La descentralización. Concepto y caracteres”, en VV.AA. *Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, 1978, t. I, pp. 232 y ss. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., pp. 32 y ss.

17 MÉNDEZ, Aparicio. *La teoría del órgano*. (Edición definitiva) Amalio M. Fernández. Montevideo, 1971, pp. 148 y ss., en especial, p. 153. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., pp. 32 y ss.

18 MÉNDEZ, Aparicio. *La teoría del...*, p. 155. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., pp. 32 y ss.

19 MÉNDEZ, Aparicio, “La descentralización...”, loc. cit., p. 236.

20 MÉNDEZ, Aparicio, “La descentralización...”, loc. cit., p. 284.

sistemas se enlazan por la primacía institucional, que se traslada de uno a otro en función de la oportunidad.²¹

Afirma Durán Martínez que, en el sistema centralizado, llamado también centralización, es donde vemos el típico control interno. Esto es así porque se efectúa dentro del sistema. Lo ejerce el jerarca respecto de sus subordinados, tanto en relación a las personas, sus actos o su gestión.²²

El control se efectúa a través del poder de mando, por más que el poder de mando no sea solo un instrumento de control, y a través de determinados poderes jurídicos específicos.

El poder de mando, uno de los elementos de la jerarquía,²³ habilita al jerarca a impartir órdenes, es decir a imponer concreta, directa e inmediatamente el ejercicio de una actividad, la ejecución de un acto o hecho de acuerdo al dictado de su voluntad.²⁴

La orden es un imperativo de conducta,²⁵ de ahí que pueda ser un importante instrumento de control.

Pero también el control se efectúa a través de lo que Méndez considera el elemento jurídico de la jerarquía, fundamentalmente por medio de lo que él llama poderes jurídicos específicos.²⁶

Estos poderes pueden recaer sobre las personas, por ejemplo, los de tipo disciplinario que habilitan a imponer sanciones²⁷ o sobre los actos.

Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados se desenvuelven en el ámbito de la descentralización funcional. Conjuntamente con el Poder Ejecutivo conforman un sistema orgánico descentralizado. El Poder Ejecutivo constituye el sistema primario y el Ente Autónomo o Servicio Descentralizado constituye el sistema secundario. El Poder Ejecutivo tiene, por ende, una relación de supremacía institucional sobre el sistema secundario. Ambos sistemas conforman el sistema compuesto. Entre ellos se traban relaciones de control. Como esas relaciones de control son dentro del sistema descentralizado, el control es interno.

21 MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas...*, loc. cit., pp. 27 y ss.

22 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., p. 33.

23 MÉNDEZ, Aparicio. *La Jerarquía*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973, p. 37. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., p. 33.

24 MÉNDEZ, Aparicio. *La Jerarquía...*, p. 62.

25 MÉNDEZ, Aparicio. *La Jerarquía...*, p. 82.

26 MÉNDEZ, Aparicio. *La Jerarquía...*, pp. 103 y ss. y 133 y ss.

27 MÉNDEZ, Aparicio. *La Jerarquía...*, pp. 107 y ss. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Control de la actividad administrativa*, ob. cit., pp. 32 y ss.

3 Sobre el Control Administrativo Previsto en los Artículos 197 y 198 de la Constitución

Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados se regulan, a nivel constitucional, en la Sección XI de la Carta. Así, el primer inciso del artículo 185 establece que:

“Los diversos servicios del dominio industrial y comercial del Estado serán administrados por Directorios o Directores Generales y tendrán el grado de descentralización que fijen la presente Constitución y las leyes que se dictaren con la conformidad de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

La Constitución distingue dos tipos de entidades estatales descentralizadas por servicio: el ente autónomo y el servicio descentralizado. Si bien la posición institucional de ambos es la misma, respecto de su naturaleza jurídica son muy similares, pero tienen diferencias. El ente autónomo tiene un grado mayor de descentralización que el servicio descentralizado y, además, un control menor. En cambio, el servicio descentralizado tiene menor grado de descentralización que el ente autónomo y un mayor control por parte del Poder Ejecutivo, existiendo entre ambos una relación de tutela administrativa que ejerce el sistema primario sobre el secundario y que, en materia jurídica, se manifiesta mediante el recurso administrativo de anulación que, por razones de juridicidad, puede interponerse contra los actos administrativos dictados por los servicios descentralizados para ante el Poder Ejecutivo.

Otra cuestión para destacar referente a las actividades o servicios prestacionales del Estado es que no todas o todos pueden tener un grado de descentralización bajo la forma organizacional del ente autónomo. En efecto, de conformidad con el artículo 185 de la Constitución señala:

“Los servicios que a continuación se expresan: Correos y Telégrafos, Administraciones de Aduanas y Puertos y la Salud Pública no podrán ser descentralizados en forma de entes autónomos, aunque la ley podrá concederles el grado de autonomía que sea compatible con el contralor del Poder Ejecutivo”.

La Constitución de la República en sus artículos 197 y 198 confiere la potestad al Poder Ejecutivo de controlar a los Entes Autónomos y a

los Servicios Descentralizados, tanto por razones de juridicidad, como por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

En efecto, de acuerdo al artículo 197 de la Constitución de la República si el Poder Ejecutivo considera “inconveniente o ilegal la gestión o los actos de los Directorios o Directores Generales” de los Entes Autónomos o de los Servicios Descentralizados, “podrá hacerles las observaciones que crea pertinentes, así como disponer la suspensión de los actos observados”. Realizada la o las observaciones, si éstas son desatendidas, “el Poder Ejecutivo podrá disponer las rectificaciones, los correctivos o remociones que considere del caso, comunicándolos a la Cámara de Senadores, la que en definitiva resolverá”, remitiéndose, en este sentido al artículo 198.

Como se puede apreciar no se trata de un control estrictamente administrativo o únicamente administrativo. Entiendo que es un control compuesto o mixto en el que intervienen -para el efectivo ejercicio del mismo- el órgano administrativo por excelencia que es el Poder Ejecutivo y, por su parte, el Poder Legislativo a través de la Cámara de Senadores.

Por su parte, el artículo 198 de la Carta, da un paso más en el ejercicio de los poderes de control, disponiendo que, además, el Poder Ejecutivo tiene la facultad “de destituir a los miembros de los Directorios o a los Directores Generales” de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados “con venia de la Cámara de Senadores, en caso de ineptitud, omisión o delito en el ejercicio del cargo o de la comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio de la institución a que pertenezcan”. A su vez, la norma indica que si “la Cámara de Senadores, no se expidiera en el término de sesenta días, el Poder Ejecutivo podrá hacer efectiva la destitución”. El artículo contiene otra parte en la cual establece que cuando:

“lo estime necesario, el Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros, podrá reemplazar a los miembros de Directorios o Directores Generales cuya venia de destitución se solicita, con miembros de Directorios o Directores Generales de otros Entes, con carácter interino y hasta que se produzca el pronunciamiento del Senado”; finalizando disponiendo que las “destituciones y remociones previstas en este artículo y en el anterior, no darán derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo”.

4 Sobre el Control Administrativo en Materia de Defensa de la Competencia en los Sectores Regulados

La Ley N° 18.159, de 2007 tiene por finalidad promover y defender la competencia en los diversos mercados de la economía. Es una norma con incidencia regulatoria en la intervención del Estado en la economía, pero desde una óptica muy diferente: toda la norma está redactada para que los órganos administrativos competentes en el cumplimiento de su objeto ejerzan actividad de *fomento* y actividad de *policía* conforme a la libertad. Es, en definitiva, un típico marco jurídico de regulación económica conforme a la competencia.

Esta Ley tiene por objeto:

“fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados”. (art. 1°).

Sobre dicha base indicada en su objeto se establece un principio general que determina que todos los mercados “estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general” (art. 2°).

Conforme al artículo indicado, se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante. Por ejemplo, en aquellos mercados donde se desenvuelven los denominados sectores regulados mediante prestaciones provenientes tanto de entidades estatales como de personas jurídicas de Derecho privado.

La norma legal de referencia abarca a todos los sectores económicos. No obstante, respecto de los servicios públicos y servicios de interés económico general, los cuales están sometidos al control de entidades estatales especializadas (Unidades Reguladoras y Banco Central del Uruguay), el legislador opta correctamente por atribuir a dichos órganos la competencia en materia de promoción y defensa de la competencia, dejando fuera al órgano de aplicación natural de esta Ley que es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

En efecto, el artículo 27 de la Ley N° 18.159, de 2007 dispone:

“(Sectores regulados) – En los sectores que están sometidos al control o superintendencia de órganos reguladores especializados, tales como el Banco Central del Uruguay, la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua y la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, la protección y fomento de la competencia estarán a cargo de dichos órganos”.

“El alcance de la actuación de los mismos incluirá actividades que tengan lugar en mercados vertical u horizontalmente relacionados con los mercados bajo control y regulación, en la medida en que afecten las condiciones competitivas de los mercados que se encuentran bajo sus respectivos ámbitos de actuación regulatoria”.

“En el desarrollo de este cometido, los órganos reguladores deberán cumplir con todas y cada una de las disposiciones de la presente ley, pudiendo, en caso de entenderlo conveniente, efectuar consultas no vinculantes a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia”.

De manera, entonces, que en los sectores regulados el ejercicio de las potestades de control será ejercida por los reguladores sectoriales, sea la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), sea la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) o el Banco Central del Uruguay (BCU), dependiendo de la competencia de cada uno. Así, si se produce una conducta que, a priori o a posteriori, pudiera ser pasible de constituir una práctica anticompetitiva (piénsese en los entes públicos como la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL), la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas (UTE), el Banco de Seguros del Estado (BSE) o el Banco de la República (BROU), por citar algunos ejemplos) entenderá la autoridad reguladora de los sectores y actividades que cualquiera de los entes descentralizado preste.

Como se dijo precedentemente, de conformidad con la norma citada precedentemente, entendió que en los denominados “sectores regulados” (también llamados “estratégicos”), la materia de promoción y defensa de la competencia debe estar a cargo de los reguladores sectoriales especializados. Es que como ya lo advirtió ARIÑO ORTÍZ, la liberalización de los servicios públicos:

“lleva consigo necesariamente el diseño y aprobación de un nuevo marco de actuación –esto es, de una nueva regulación sectorial- para las empresas privatizadas, así como el establecimiento de un nuevo tipo de *autoridad administrativa* (Comisión u Oficina reguladora)

capaz de supervisar con prudencia y eficacia a los nuevos operadores del sector en un mercado competitivo”.²⁸

Respecto del control administrativo de las entidades estatales que prestan servicios de intermediación financiera y de seguros, el artículo 35 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, en la redacción dada por el artículo 11 de la Ley N° 18.401, de 24 de octubre de 2008, le atribuye a la Superintendencia de Servicios Financieros competencia en materia de dictado de normas generales de prudencia, así como de instrucciones particulares, tendientes a promover el funcionamiento ordenado y competitivo de las entidades supervisadas y de los mercados en que actúan.

Por tanto, en materia de promoción y defensa de la competencia el control administrativo estará a cargo, del Banco Central del Uruguay y, dentro de éste, en carácter de órgano desconcentrado, la Superintendencia de Servicios Financieros.

A nivel de los demás sectores regulados (telecomunicaciones, servicios postales, energía eléctrica, gas, combustibles) entenderán en el ejercicio de las potestades de control en esta materia las respectivas unidades reguladoras, sea la URSEC, sea la URSEA en el marco de sus ámbitos de actuación.

En este sentido se destaca:

La URSEC tiene atribuida el ejercicio de la potestad de control en materia de defensa de la competencia, además, de por lo dispuesto en la Ley N° 18.159, por su propia Carta Orgánica. En efecto, por disposición de la Ley N° 17.296, de 2001 (y sus modificativas), a dicha entidad le corresponde, en el marco de su competencia, “la promoción de la libre competencia en la prestación, sin perjuicio de los monopolios y exclusividades legalmente dispuestos” (art. 72, lit. d).

Para el cumplimiento de sus cometidos, y en el ejercicio de la potestad de control la URSEC, de conformidad con el artículo 86 de la Ley N° 17.296, podrá:

- Controlar el cumplimiento por parte de los operadores públicos y privados, prestadores de servicios comprendidos dentro de su competencia, de las normas jurídicas y técnicas aplicables, pudiendo requerirles todo tipo de información;

²⁸ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. En el Prólogo de SALA ARQUER, J.M. *La Liberalización del Monopolio de Petróleos en España*, Universidad Autónoma de Madrid, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 17.

- Recibir, instruir y resolver las denuncias y reclamos de los usuarios y consumidores respecto a los servicios comprendidos dentro de su competencia que no hayan sido atendidos por los prestadores;
- Proteger los derechos de usuarios y consumidores, pudiendo ejercer las atribuciones conferidas a las autoridades administrativas por la Ley N° 17.250, de 11 de agosto de 2000.
- Aplicar sanciones.

La URSEA está regulada con contenidos normativos similares a los de la URSEC y tiene la misma competencia atribuida en materia de defensa de la competencia. En este sentido se destaca lo dispuesto en la Ley N° 17.598, de 2002.

En defensa de la competencia existen dos tipos de controles: a) un tipo de control basado en lo que la doctrina económica denomina “política estructural” y por la cual se ejerce un control *ex ante o a priori*; b) un tipo de control basado en la aplicación de la llamada “política de comportamiento” y por la cual se ejerce un control *ex post o a posteriori*²⁹.

Es decir, cuándo el Banco Central del Uruguay o las unidades reguladoras controlen a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, a los efectos de evitar el “abuso del poder de mercado” en detrimento de sus competidores o de la eficiencia económica en general, ejercerá determinadas potestades de control, de poder de policía, antes de que se produzca una práctica anticompetitiva o, en su defecto, después de que se haya producido para lo cual podrá ejercer potestades sancionatorias.

La *política estructural* implica un control “ex ante”, es decir, el ejercicio de potestades de control antes de que se realice la práctica anticompetitiva. El ejemplo típico es el control a priori de las fusiones y adquisiciones de empresas.

La *política de comportamiento* implica una regulación basada en el control “ex post” (a posteriori) del cometimiento de una práctica anticompetitiva; tiene por objetivo la instrumentación de procedimientos administrativos, fundamentalmente, vinculados al ejercicio de la potestad sancionatoria por parte del regulador sectorial. En este sentido, las conductas que se reprimen son las denominadas prácticas colusivas y prácticas exclusorias.

²⁹ COLOMA, G. *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p.14 y ss.

5 Sobre el Control Administrativo en Materia de Defensa de los Derechos de los Usuarios o Consumidores

En materia de control administrativo de cumplimiento de la normativa sobre defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, son varios los órganos como competencia en la materia, dependiendo del sector regulado del cual se trate. Así, en el sector de las comunicaciones el órgano de control es la URSEC; en el sector de la energía es la URSEA y en el sector financiero el Banco Central del Uruguay; sin perjuicio de las competencias atribuidas al Ministerio de Economía y Finanzas (a través de la Dirección General de Comercio, Área Defensa del Consumidor) en el marco de la normativa sobre relaciones de consumo

La Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay (artículo 38 -en la redacción dada por el artículo 11 de la Ley N° 18.401, de 24 de octubre de 2008) atribuye a la Superintendencia de Servicios Financieros la potestad de dictar normas generales de prudencia, así como instrucciones particulares, tendientes a promover la protección de los consumidores de servicios financieros, como es el caso de la actividad de seguros o de la actividad bancaria, así como atender los reclamos de los consumidores de las empresas supervisadas. En este sentido, se han dictado resoluciones internas de la Superintendencia con normativa en materia de defensa de los derechos de los consumidores.

Por su parte, la Ley N° 17.250, de 11 de agosto de 2000 sobre “relaciones de consumo y defensa del consumidor”, regula la protección de los consumidores o usuarios de empresas prestatarias de seguros ejerciendo, además, el control administrativo sobre dicha materia.

En el sentido indicado precedentemente, de debe destacar que dicha norma regula las relaciones de consumo, definiendo a ésta como “el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final” (artículo 4). A su vez, y en lo que interesa a la actividad de seguros, la Ley define al “servicio” como “cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resulten de las relaciones laborales” (artículo 5). Por su parte, se define al “proveedor” como “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción,

transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo” (artículo 3).

La Ley de defensa del consumidor, además, establece y regula los derechos básicos de los consumidores (artículo 6), cuestiones relativas a la oferta de los servicios a prestar -con especial referencia a la oferta de servicios financieros- (artículos 20 y 21), determinación de las prácticas abusivas (artículos 22), publicidad (artículos 24, 25, 26 y 27), regula los contratos de adhesión, como es el caso de los contratos de seguros (artículos 28 a 33) -con especial hincapié en las cláusulas abusivas de éstos- y determina la organización administrativa, fundamentalmente, a los efectos del ejercicio de las potestades de control (artículos 40 a 51).

A los efectos del control administrativo, en materia de organización, la regulación establece un esquema institucional centralizado en el Poder Ejecutivo. Concretamente, el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección General de Comercio es la “autoridad nacional de fiscalización” del cumplimiento de la ley, sin perjuicio de las competencias constitucionales y legales atribuidas a otros órganos y entes públicos (artículo 40), como es el caso de aquellas competencias en la materia atribuidas al Banco Central del Uruguay o al Poder Ejecutivo en calidad de órgano jerarca del sistema centralizado que lleva su mismo nombre.

En el sector de las telecomunicaciones y servicios postales, la URSEC tiene atribuida competencia en materia de defensa de derechos de usuarios y consumidores cuya relación jurídica se traba con las empresas públicas y privadas que en dichos sectores se desenvuelven.

Así, y por disposición del artículo 86 de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001 (redacción actualizada), en:

“materia de servicios de telecomunicaciones, la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) tendrá los siguientes cometidos y poderes jurídicos:

R) Proteger los derechos de usuarios y consumidores, pudiendo ejercer las atribuciones conferidas a las autoridades administrativas por la Ley No. 17.250, de 11 de agosto de 2000”.

Por disposición del artículo 90 de la mencionada ley, la competencia de referencia se extiende, además, a los servicios postales.

Una norma similar atribuye competencia en materia de defensa de los derechos de los usuarios y consumidores en el sector energético a través de la URSEA. La Ley N° 17.598, de 13 de diciembre de 2002,

en su artículo 2 dispone que “Las competencias (...) se cumplirán de conformidad con los siguientes objetivos, siguiendo las políticas fijadas por el Poder Ejecutivo, quien reglamentará los procedimientos:

La adecuada protección de los derechos de los usuarios y consumidores”.

Por su parte, el artículo 14 de dicha norma establece:

“La Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) tendrá los siguientes cometidos y poderes jurídicos generales:

F) Recibir, instruir y resolver en vía administrativa y sin perjuicio, las denuncias y reclamos de los usuarios y consumidores respecto a los servicios comprendidos dentro de su competencia que no hayan sido atendidos por los prestadores”.

Bibliografía

- ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. En el Prólogo de SALA ARQUER, J.M. *La Liberalización del Monopolio de Petróleos en España*, Universidad Autónoma de Madrid, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- CAGNONI, José A. *Introducción a la teoría del control*. Editorial Universidad. Montevideo, 1996.
- COLOMA, G. *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.
- DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho Administrativo General*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2013.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo. Proyecciones en el Derecho Administrativo uruguayo”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., PAREJO ALFONSO, Luciano, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Coordinadores). *La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Temis-AIDA. Tirant lo Blanch- Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2014.
- MÉNDEZ, Aparicio. *Sistemas orgánicos*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973.
- MÉNDEZ, Aparicio, “La descentralización. Concepto y caracteres”, en VV.AA. *Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, 1978.
- MÉNDEZ, Aparicio. *La teoría del órgano*. (Edición definitiva) Amalio M. Fernández. Montevideo, 1971.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo MARTINS. F.C.U. Montevideo, 2010.

Controles Administrativos de la Actividad de la Administración en Colombia

Augusto Hernández Becerra*

Introducción

Es de la naturaleza del poder que las organizaciones y los individuos en que se sustenta su autoridad sean sometidos a diversos mecanismos de control que tienen como propósito verificar su lealtad y unidad de propósito, comprobar el cumplimiento de sus deberes y velar por la eficacia de sus actividades. Así ha sido a lo largo de la historia, desde cuando el poder adquirió sus primeras expresiones de organicidad.

No es de otra manera en el Estado moderno. La actividad de la administración, fraccionada en múltiples tareas especializadas, necesita vertebrarse mediante un esfuerzo constante de coordinación de sus partes, para lo cual resulta indispensable dinamizar la estructura mediante un sistema variado de mecanismos de control, esto es, de supervisión. Se controla la organización para asegurar que todos sus elementos funcionan como está previsto, y para introducir los ajustes y correctivos que fueren necesarios. Se controla, igualmente, la administración de los bienes públicos, la actividad de las instituciones y la conducta de los agentes del Estado.

En el Estado democrático constitucional la idea de sujetar la autoridad a límites institucionales y a vigilancia ciudadana deriva de antecedentes estrechamente vinculados a la historia de la civilización occidental. Entre ellos cabe mencionar la pujante creencia medieval en que los gobernantes han sido instituidos para el bien de los pueblos y no los pueblos para el bien de los gobernantes, la evolución constitucional de Inglaterra que a partir de la Carta Magna de 1215 derivó en la

* Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia, ex Magistrado del Consejo de Estado.

monarquía constitucional y parlamentaria, la fundación de la república norteamericana a fines del siglo XVIII y, por supuesto, la Revolución Francesa.

El gran teórico del Siglo de las Luces será Montesquieu, quien en su obra el *Espíritu de las Leyes* partía de considerar que “*Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites...*”. Interpretando las virtudes del sistema político inglés, que estudió con gran interés, postuló entonces que, para que sea posible la libertad, es menester dividir la autoridad del Estado en tres poderes, separados y equilibrados, de tal manera que “*no se pueda abusar del poder*” y “*que por la disposición de las cosas, el poder limite al poder*”.¹

La organización general del Estado democrático moderno está basada en el principio del control que se deriva de la doctrina de la tridivisión del poder. Esta es la idea rectora de la arquitectura constitucional de los Estados Unidos de América, a su vez consagrada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 14 de julio 1789 así: “*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, carece de Constitución.*”²

El moderno Estado de Derecho, fundado en los principios de supremacía constitucional y de legalidad, y en la necesidad de proveer eficaz protección y garantía a los derechos humanos, demanda la entera sujeción del poder al ordenamiento jurídico. Para la salvaguarda de estos principios se han diseñado controles, numerosos y de diversa naturaleza. La Carta Democrática Interamericana de la OEA, adoptada en Lima el 11 de septiembre de 2001, incluyó entre los “*elementos esenciales*” de la democracia representativa el principio de la separación e independencia de los poderes públicos.

Ahora bien, en este trabajo no se pretende realizar un estudio exhaustivo del sistema de controles en el Estado democrático, sino tan solo un análisis limitado a los controles de naturaleza administrativa establecidos para supervisar la actividad de la propia administración. En tales términos se respetarán en lo que sigue dos condiciones restrictivas: i) se trata de controles que se originan en la administración,

1 Montesquieu. *Espíritu de las Leyes*, Vol. I, Libro XI, Cap. IV.

2 Augusto Hernández Becerra, *Las ideas políticas en la historia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 166-168, 226, 239,253.

se ejercen directamente por esta y son, por tanto, de naturaleza administrativa; ii) se trata de controles no sobre la totalidad de la actividad estatal, sino sobre aquel sector de la organización estatal definido como administración pública en sentido general. Lo primero supone excluir controles de naturaleza no administrativa, y lo segundo prescindir de controles establecidos en el Estado para vigilar actividades distintas de la función administrativa.

El estudio de los controles de naturaleza administrativa que se ejercen sobre la administración supone, por tanto, dejar para otra oportunidad el análisis de aquellos controles que no se originan en la administración, porque son de naturaleza judicial, política o ciudadana, así como también los controles que ejerce la administración no sobre la propia administración sino sobre particulares.

Teniendo en cuenta este criterio no forman parte de este estudio: i) el control político sobre los actos de la administración, que en Colombia ejercen las corporaciones públicas (Congreso de la República, asambleas departamentales, concejos distritales y municipales) respecto de la administración de su propio nivel;³ ii) el control de constitucionalidad de leyes y actos administrativos, el cual corresponde de manera compartida a la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos;⁴ iii) el control judicial sobre los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones de la administración, que compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo;⁵ iv) El control político reconocido constitucionalmente a la oposición;⁶ v) El control participativo de la comunidad mediante los mecanismos de participación ciudadana;⁷ vi) El control de la opinión pública a través de los medios de comunicación, las redes sociales y otras formas de expresión política de la ciudadanía; viii) El control administrativo sobre actividades de los particulares, que en ejercicio del intervencionismo estatal, vela por el cumplimiento de la ley en determinados sectores estratégicos de la vida económica y social

3 Artículos 135, 300 y 313 de la Constitución.

4 Artículos 241, 237-2 y 305-10 de la Constitución.

5 Artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

6 Artículo 112 de la Constitución y Ley 1909 de 2018, "Por medio de la cual se adoptan el estatuto de la oposición política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes".

7 Artículos 40 y 103 a 106 de la Constitución. Ley 1757 de 2017, "Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. Control social de la administración, veedurías ciudadanas, audiencias públicas, democratización. Artículo 32 y ss. de la Ley 489 de 1998. Ley 850 de 2003 sobre veedurías ciudadanas.

del país;⁸ ix) El control administrativo sobre la propiedad inmueble mediante la reglamentación de los usos del suelo por parte de los concejos municipales y distritales; x) mecanismos de rendición de cuentas, entre otros⁹.

El plan de este trabajo se compone de dos partes. La primera versa sobre los conceptos de administración y actividad administrativa en derecho colombiano. La segunda identifica y describe los principales mecanismos de control administrativo sobre la actividad administrativa.

1 Los Conceptos de Administración y Actividad Administrativa. Incidencia de los Principios en Derecho Colombiano

1.1 El Debate Doctrinario sobre los Conceptos

Siguiendo el concepto de Woodrow Wilson, quien antes de ser Presidente de los Estados Unidos fue un reconocido académico, la administración es “gobierno en acción.” Siendo la administración el lado operativo y más visible del Ejecutivo, administrar equivale, decía él, a ejecutar la ley y, por tanto, realizar los fines y propósitos del Estado mediante la provisión de bienes y servicios públicos.¹⁰

Con todo, sobre el concepto de administración se ha podido filosofar hasta el infinito. Todo esfuerzo por definirla parece haber fracasado, motivo por el cual Forsthoff ha señalado que la administración, objeto principal de la ciencia del Derecho Administrativo, “se deja describir, pero no definir”.¹¹

Punto de partida de todo intento de definición ha sido entender que, en sentido formal, administración es la actividad desplegada por la organización administrativa, entendiendo por esta la rama ejecutiva del poder público. Complementariamente se ha apelado a la concepción material, conforme a la cual existe administración en todos los sectores del Estado donde se desarrollen funciones de naturaleza administrativa.

La necesidad de definir la administración en sentido material surge de la evidente presencia de actividades administrativas en órganos

8 Por ejemplo, las actividades de inspección, vigilancia y control que en Colombia desempeñan las superintendencias y algunos ministerios.

9 Artículo 313-7 de la Constitución, leyes 9 de 1989 y 388 de 1997.

10 Woodrow Wilson. *El estudio de la administración*, en “Clásicos de la Administración Pública”, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 74.

11 Ernst Forsthoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, 1.

estatales diferentes al Ejecutivo, pero ha suscitado tesis muy discutidas y que no han podido agotar el significado del concepto. Hartmut Maurer ilustra este problema con la siguiente enumeración de teorías en derecho administrativo alemán que ponen de relieve algún aspecto esencial, tales como:

“...la realización de los fines estatales en el caso concreto (Peters), la conformación social en el marco de las leyes y sobre la base del Derecho (Forsthoff), el empleo de medios de autoridad propios de la soberanía (Giese), la vinculación a órdenes (Merkel), la aplicación del Derecho distinta de la resolución de conflictos y de la efectuada por los órganos de la Jurisdicción penal (Giacometti), la ejecución programada y preordenada teleológicamente de decisiones políticas previamente adoptadas (Thieme), la emanación de decisiones vinculantes (Luhmann) o la prestación de servicios (Ellwein).”¹²

Los autores colombianos, luego de explorar los aportes doctrinarios de eminentes administrativistas, testimonian esta relativa desazón. Así, por ejemplo, Libardo Rodríguez, luego de reseñar las numerosas tesis que la doctrina europea cinceló durante décadas para abrir paso en medio de grandes dificultades los conceptos de administración y acto administrativo, concluye que no existe un concepto único, pues depende de los diferentes criterios o puntos de vista estudiados en la teoría administrativa. Y expresa en consecuencia:

“Así, hay un concepto de acto administrativo según el criterio orgánico formal; otro, según el criterio material; un tercero, según el criterio funcional o jurisdiccional; y, finalmente, otro concepto según el criterio jerárquico. Sin embargo, puede afirmarse que en Colombia predomina actualmente la aplicación del criterio funcional o jurisdiccional, aunque con algunas inconsistencias conceptuales que son aclaradas por la aplicación del criterio jerárquico”.¹³

Por su parte, Jaime Orlando Santofimio manifiesta que en derecho colombiano es necesario contar con el criterio funcional, sustancial, objetivo o material para la determinación de los conceptos de administración pública y derecho administrativo, pero no puede considerarse como único y exclusivo. Al contrario, expresa este autor, estos criterios se deben interrelacionar con otros y, en conclusión, “*un contenido*

¹² Hartmut Maurer. *Derecho administrativo. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 49.

¹³ Libardo Rodríguez. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá, editorial Temis, 2016, p. 216.

*peculiar de lo administrativo es difícil formularlo exclusivamente a partir de este criterio.*¹⁴

1.2 Los Criterios Formal y Material en la Constitución Colombiana

La Constitución, quizá bajo la consideración de que se trata de nociones suficientemente decantadas en la cultura y el lenguaje jurídicos, no se detiene a hacer mayores precisiones sobre lo que ha de entenderse por administración o por actividad administrativa. Esta hipótesis nos permite considerar que la Constitución hace alusiones esporádicas a dichos conceptos porque los supone suficientemente claros e inteligibles.

Como bien se ha dicho, la distinción entre la administración en sentido organizativo o formal y la administración en sentido material es de todos modos fundamental.¹⁵ Es así en el caso de la Constitución colombiana, que al aludir a la administración combina sin reservas los criterios formal y material.

1.2.1 Criterio Formal

La concepción de la administración desde el punto de vista formal se percibe en numerosos artículos de la Carta en la medida en que dan a entender que el concepto de administración es equivalente al de rama ejecutiva del poder público. Así, por ejemplo, los artículos 115 y 189 consagran al Presidente de la República, jefe del Ejecutivo nacional, como “Suprema autoridad administrativa”. De otra parte el Congreso de la República provee a la rama Ejecutiva la “estructura de la administración nacional” (artículo 150, numeral 7 de la Constitución), conformada por organismos y entidades del orden nacional, tanto del sector central como descentralizado. Adicionalmente, el artículo 210 de la Constitución dispone que las entidades descentralizadas del orden nacional solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta.

La visión formal de la administración se extiende en la Constitución a la arquitectura territorial, que está erigida sobre tres principios constitucionales fundamentales: Estado unitario, descentralización territorial y autonomía de las entidades territoriales. Aun cuando las entidades

14 Jaime Orlando Santofimio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 69.

15 Hartmut Maurer, op. cit., p. 48.

territoriales (descentralizadas y autónomas) son los municipios, los distritos y los departamentos (artículos 1°, 286 y 287 de la Constitución), debe tenerse en cuenta que existen otras administraciones públicas e el ámbito territorial: áreas metropolitanas, asociaciones de municipios, juntas administradoras locales, regiones administrativas y de planificación, resguardos indígenas, las cuales ni son descentralizadas ni son autónomas en el sentido del artículo 1° constitucional.

1.2.2 Criterio Material. La Función Administrativa y sus Principios

De otra parte la Constitución también adopta el criterio material al incorporar la “función administrativa” y sus principios en el artículo 209. De esta manera la norma constitucional asume que el ámbito de la administración y, por ende, del derecho administrativo, es el propio de la función administrativa, concepto que desborda el criterio orgánico, pues función administrativa puede encontrarse más allá de la rama ejecutiva del poder público, que es donde en principio y preferencialmente se concentra. En este sentido la Constitución abraza el criterio funcional, sustancial, objetivo o material de administración.

A la noción de administración llega la Constitución a partir de numerosos principios. La actividad de la administración está supeditada a los principios de supremacía constitucional (artículos 1°, 4° y 121 de la Constitución) y de legalidad (artículos 121, 122 de la Constitución). En particular, 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, publicidad y coordinación (artículo 209 de la Constitución).

El profesor Alvaro Tafur Galvis explica la función administrativa como la actividad permanente del Estado que busca la satisfacción de las necesidades generales de manera práctica, directa e inmediata, mediante actos concretos o generales utilizando en ciertos casos las prerrogativas del poder público dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.¹⁶

La función administrativa se traduce en el mundo de las relaciones jurídicas en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones administrativas (según se expresa en el artículo 104 del Código de Procedimiento

¹⁶ Alvaro Tafur Galvis. *Teoría del Acto Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1975, pp. 6 y 7.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que se producen no solo en el Ejecutivo sino también en los órganos Legislativo y Judicial. Así, por ejemplo, si el Congreso de la República necesita nombrar a un funcionario, liquidar las prestaciones de un empleado, adquirir equipos de oficina o celebrar un contrato de suministro, nada de esto se hace por medio de leyes, que son los actos característicos del órgano legislativo, sino mediante actos y contratos de naturaleza administrativa. Igual ocurre para casos similares en la Rama Judicial, donde no todo se tramita y resuelve dictando sentencias.

El artículo 3° de la Ley 489 de 1998 adiciona a los del artículo 209 constitucional los principios de buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia. El artículo 3° de la Ley 1437 de 2001 agrega los principios del debido proceso y austeridad, y los define todos. Adicionalmente el artículo 288 de la Constitución dispone que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Al tenor del artículo 4° de la Ley 489 de 1998, en fin, la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

1.3 Consagración Legal de la Mixtura de los Criterios Formal y Material

De la incertidumbre de los tratadistas se escapa en Colombia gracias al diseño jurídico de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a diversos estatutos legales que fijan el dominio propio de la administración pública y del derecho administrativo, siendo de destacar en este sentido las Leyes 80 de 1993, 489 de 1998 y 1437 de 2011.

La Ley 80 de 1993¹⁷, por ejemplo, al definir en el artículo 2° las entidades, servidores y servicios públicos sujetos a sus disposiciones, combina de manera integral los criterios formal y material, de tal manera que no solo los servidores e instituciones pertenecientes a la rama ejecutiva de todos los órdenes administrativos, sino todos “los organismos

17 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”, están obligados a cumplir sus disposiciones.

La Ley 1437 de 2011,¹⁸ al fijar en el artículo 2° el ámbito de aplicación de la Parte Primera del Código, establece que sus disposiciones se aplican a “todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas.” Al llevar el concepto de administración más allá de la Rama Ejecutiva y englobar a la totalidad del Estado, la Ley 1437 integra evidentemente los criterios formal y material.

Por su parte la Ley 489 de 1998,¹⁹ que regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, dispone que sus preceptos se aplican a: i) todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público; ii) todos los organismos y entidades de la Administración Pública; iii) los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos; iv) los particulares cuando cumplan funciones administrativas.²⁰ Se reitera, así, en el régimen colombiano, la combinación del criterio orgánico o formal con el material.

Adicionalmente el artículo 39 de esta ley, al describir la integración de la administración pública, indica que esta se compone de los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y, en general y más allá de esta Rama, por “todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.”

Así se tiene que la actividad administrativa, aunque concentrada en la Rama Ejecutiva, se encuentra en las otras ramas del poder público y, por supuesto, en todos los órganos autónomos e independientes, en las administraciones públicas territoriales, que no todas son entidades territoriales, e incluso en entidades privadas o personas particulares

18 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

19 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

20 Artículo 2°, ámbito de aplicación.

cuando excepcionalmente y por habilitación legal, ejercen función administrativa.

Sin dificultad se llega así a la conclusión de que, en derecho colombiano, lo que en la actividad del Estado no son sentencias ni leyes, son actos administrativos. Por esta vía, eminentemente práctica y absolutamente clara, se logra además que ningún acto del Estado quede por fuera de control judicial, ni exento de la protección eficaz del acceso de los ciudadanos a los medios de control judicial para oponerse a la actividad antijurídica del Estado.

2 Mecanismos de Control Administrativo sobre la Actividad Administrativa

La actividad de control administrativo tiene por objeto verificar, mediante procedimientos administrativos, la conformidad de un acto administrativo con las normas jurídicas que lo enmarcan (verificación de legalidad, juridicidad o legitimidad) o su armonía con los principios de oportunidad y conveniencia que orientan la actividad administrativa (comprobación de mérito), sin desmedro de su eficacia y eficiencia.²¹ En ello se diferencia el control administrativo de otros mecanismos estatales de control, como los que sobre la administración ejercen los órganos legislativo y judicial del Estado.²²

El control administrativo se compone de un conjunto de atributos, competencias o facultades para vigilar y evaluar los procedimientos y los actos de las entidades y organismos públicos, así como la conducta de los agentes del Estado, con el objeto de comprobar que se ciñen al marco legal y reglamentario, de que cumplen los objetivos trazados por la política pública y que son eficientes para el cumplimiento de los fines del Estado. Forman parte del control las capacidades de adelantar investigaciones, formular advertencias, adoptar medidas cautelares, introducir correctivos, establecer responsabilidades y aplicar sanciones de naturaleza administrativa. El control administrativo, en general, puede tener carácter preventivo o represivo, y puede ser interno, externo, previo, posterior, selectivo, permanente, de resultados, de calidad.

21 Jorge Fernández Ruiz, en *Derecho Administrativo*, capítulo séptimo sobre El control de la Administración Pública, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, p. 263.

22 Gaspar Caballero Sierra, Marcela Anzola Gil. *Teoría Constitucional*. Bogotá, Editorial Temis, 1995, pp. 345-346.

Mediante el control administrativo la administración se vigila a sí misma utilizando sus propios recursos y procedimientos. El propósito del control es mejorar la acción administrativa, incluso si los resultados del control pudieran conducir a hipótesis reales de responsabilidad y a la imposición de sanciones.

La Constitución y la ley han instituido diversos controles de naturaleza administrativa, con contenidos y alcances propios cada uno. Teniendo en cuenta la relación entre la administración pública controladora y la administración pública controlada, los controles pueden ser externos, internos o intersubjetivos: i) externos cuando los ejercen autoridades completamente ajenas y distintas de la organización administrativa objeto de control, ii) internos cuando los controles pertenecen a la propia administración controlada, o iii) intersubjetivos cuando el control lo ejerce la administración central nacional sobre entidades descentralizadas que le están administrativamente vinculadas, sean estas del orden nacional o del orden territorial.

A continuación se describen y analizan, en primer lugar, los siguientes controles externos de naturaleza administrativa: i) la potestad disciplinaria y la protección de los derechos humanos, en cabeza del Ministerio Público, formado por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo; ii) la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, a cargo de la Contraloría General de la República; iii) la supervisión de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, a cargo de la Auditoría General de la República. En segundo lugar se estudian los siguientes controles internos de la administración: i) Control administrativo de las decisiones administrativas mediante los recursos y reglas del procedimiento administrativo; ii) control jerárquico; iii) control interno; iv) el control disciplinario interno. En tercer y último lugar, los controles intersubjetivos: i) control de tutela sobre las entidades descentralizadas; ii) los sistemas de seguimiento, monitoreo y control para el manejo de los recursos del SGP y de las regalías; iii) Otros controles administrativos intersubjetivos verticales.

2.1 Controles Externos de Naturaleza Administrativa

Dentro de la categoría de controles externos de naturaleza administrativa se presentan en la organización del Estado colombiano tres instituciones externas a la Rama Ejecutiva pero que cumplen funciones

de control en relación con la totalidad del Estado. Se trata del Ministerio Público, que ejerce el control disciplinario, la Contraloría General de la República, que responde por el control fiscal, y la Auditoría General de la República, que vigila la gestión fiscal de la Contraloría General de la República. De acuerdo con el artículo 113 de la Constitución, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son “órganos de control”,²³ “autónomos e independientes” respecto de las tres Ramas del Poder Público.²⁴ Aun cuando estos órganos, al igual que las tres ramas del poder público, tienen funciones separadas, “colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado”.

2.1.1. La Potestad Disciplinaria y la Protección de los Derechos Humanos a Cargo del Ministerio Público²⁵

El Ministerio Público se compone de dos organismos: la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. La función del Ministerio Público está constitucionalmente definida como “la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.” Aun cuando el Procurador General de la Nación es el “supremo director del Ministerio Público”,²⁶ la Defensoría del Pueblo goza de una relativa autonomía, que deriva de la forma como son elegidos Procurador y Defensor. El primero es elegido por el Senado de la República para un periodo de cuatro años, escogido de una terna de candidatos propuestos por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El segundo es elegido por la Cámara de Representantes, también para un periodo de cuatro años, de terna de candidatos que propone el Presidente de la República. Adicionalmente, el artículo 281 de la Constitución prescribe que el Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma, y el 283 puntualiza que la Defensoría es un “ente autónomo administrativa y presupuestalmente”.

²³ Regulados en los artículos 117, 118 y 119, y en el Título X de la Constitución.

²⁴ V. Federico Suárez Ricaurte. *Organismos de control en la Constitución Política de 1991: Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación*, en “Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano”, Tomo II, Capítulo 9, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 399 a 448.

²⁵ Miguel Malagón Pinzón. *El pensamiento administrativo sobre el Ministerio Público en Colombia e Hispanoamérica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Universidad de Los Andes, 2017.

²⁶ Artículo 275 de la Constitución.

La Procuraduría General de la Nación cumple, entre otras, las siguientes funciones: vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo; defender los intereses de la sociedad y los intereses colectivos, en especial el ambiente; velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas; ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.²⁷ Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tiene atribuciones de policía judicial y puede interponer ante las autoridades competentes las acciones que considere necesarias. Una de las funciones más notorias de la Procuraduría General de la Nación consiste en ejercer la potestad sancionatoria y disciplinaria en la vigilancia de la conducta de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones administrativas o manejen recursos del Estado.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría General de la Nación cuenta con una organización compartimentada en numerosas funciones especializadas, ejercidas por las Procuradurías Delegadas, que dependen directamente del Procurador General. En su respectivo campo las Procuradurías Delegadas desempeñan funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales. Esta organización central cuenta, además, con Procuradores Judiciales.²⁸

De otra parte, para el cumplimiento de sus funciones en el territorio nacional, la Procuraduría General de la Nación cuenta con una estructura desconcentrada que se compone de Procuradurías Regionales, Procuradurías Distritales y Procuradurías Provinciales y se apoya en las

27 Estas funciones las desarrolla la Procuraduría General de la Nación con fundamento en el Código Disciplinario Único, contenido en la Ley 734 de 2002, y que próximamente será sustituido por el Código General Disciplinario expedido mediante Ley 1952 de 2019.

28 Decreto 262 de 2000, "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos."

personerías distritales y municipales, que por ley cumplen funciones de Ministerio Público en sus jurisdicciones.²⁹

En relación con la potestad sancionadora de la administración, particularmente en el ámbito disciplinario, ha dicho la Corte Constitucional que se orienta hacia la consecución de los fines del Estado, pues otorga a las autoridades administrativas

“la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal.”³⁰

El presunto desconocimiento del principio *non bis in ídem* derivado del ejercicio de la potestad disciplinaria ha suscitado debate. La Corte Constitucional reiteradamente ha sostenido, con abundancia de argumentos, que el proceso penal y el disciplinario atienden a naturaleza, materia y finalidades diferentes.³¹ Así, ha señalado que no se vulnera el *non bis in ídem* por la posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta, pues se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta.³²

Ante una demanda en la cual se sostenía que una autoridad administrativa, como la Procuraduría General de la Nación, no tiene facultad para destituir e inhabilitar a los servidores públicos de elección popular a la luz del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reserva esa potestad a los jueces, la Corte Constitucional, en sentencia C-111 de 2019, declaró que la competencia de la Procuraduría General de la Nación en esta materia no vulnera la Convención Interamericana de Derechos Humanos dado que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la Procuraduría es un órgano independiente del Gobierno nacional, y que sus decisiones pueden ser sometidas al control judicial por parte del Contencioso Administrativo, así como pueden

29 Artículo 178 de la Ley 136 de 1994.

30 Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2012.

31 Corte Constitucional, sentencia C 720 de 2006.

32 Corte Constitucional, sentencia C-721 de 2015.

también ser controvertidas judicialmente por la vía de la tutela (amparo). Argumentó así la Corte: “*Lo que la Corte (Interamericana de Derechos Humanos) ha dicho es que se flexibiliza (el artículo 23) si la administración pública está cumpliendo funciones judiciales o casi judiciales y allí se respeta un debido proceso*”, condiciones estas que satisface cumplidamente la Procuraduría.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, tiene como misión velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, y para tal efecto desarrolla, entre otras, las funciones de orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado, divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza, invocar el derecho de *habeas corpus* e interponer las acciones de tutela, organizar y dirigir la defensoría pública, interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia y presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia. Para el cumplimiento de sus funciones la Defensoría del Pueblo cuenta en su organización, a semejanza de la Procuraduría General de la Nación, con oficinas Delegadas y Regionales.

2.1.2 La Vigilancia de la Gestión Fiscal de la Administración a Cargo de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal y vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejerce en forma posterior y selectiva, e incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

El Contralor es elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública y no podrá ser reelegido. Tiene las siguientes funciones principales: prescribir a los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación los métodos y la forma de rendir cuentas, e indicar los

criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse; revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado; llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales; establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma;³³ conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado; promover ante las autoridades competentes investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado; exigir la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios; presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General.

La organización de la Contraloría General de la República comprende Contralorías Delegadas (de Economía y Finanzas Públicas, para el Sector Agropecuario, para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad, para la Gestión Pública e Instituciones Financieras, para la Infraestructura Física y Telecomunicaciones, para el Comercio Exterior y Desarrollo, para el Sector Medio Ambiente, para el Sector Minas y Energía, para el Sector Social, para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, para la Participación Ciudadana), y para el cubrimiento del territorio nacional cuenta con una estructura desconcentrada integrada por Gerencias Departamentales.

En cuanto se refiere a la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios, corresponde a las contralorías constituidas en esas entidades territoriales, teniendo en cuenta que estas son administraciones públicas descentralizadas y autónomas, y la vigilancia se ejercerá, de la misma manera que en el nivel nacional, en forma posterior y selectiva. En los municipios donde no hubiere contralorías la vigilancia fiscal incumbe a las contralorías departamentales.³⁴

33 Esta función está regulada en la Ley 610 de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

34 No todos los 1104 municipios cuentan con una contraloría propia. De acuerdo con el artículo 156 de la Ley 136 de 1994, sobre *Creación de contralorías*, "Los municipios clasificados en categoría especial, primera, segunda y tercera, podrán crear y organizar sus propias contralorías, con arreglo a los parámetros señalados por la ley." Colombia contabiliza un total de 66 Contralorías

2.1.3 La Supervisión de la Gestión Fiscal de la Contraloría General de la República, a Cargo de la Auditoría General de la República

El artículo 274 de la Constitución atribuye la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República a un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. Y agrega que la ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal. La organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República está regulada en el Decreto 272 de 2000, a cuyo tenor esta es un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal. Corresponde al Auditor General fijar las políticas, prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas y determinar los criterios que deben aplicarse para la evaluación financiera, de gestión y de resultados, entre otras funciones.

Cuenta con una estructura central y otra desconcentrada, formada por Gerencias Seccionales. Tanto el nivel central como el desconcentrado participan en el diseño de los planes, la definición de las políticas, el establecimiento de los programas generales de la administración de la Auditoría, la vigilancia fiscal y la ejecución de los planes, políticas, programas y proyectos administrativos, de vigilancia de la gestión fiscal y del adelanto del proceso de responsabilidad fiscal.

Entre otras, son funciones del Auditor General de la República determinar las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos para el cabal cumplimiento de la vigilancia de la gestión fiscal y para el adecuado funcionamiento administrativo de la Auditoría General de la República; prescribir los métodos y la forma en que sus vigilados deben rendir cuentas y determinar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán aplicarse para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal y para la evaluación del control fiscal interno; promover las acciones pertinentes para resolver los conflictos de competencia que se susciten entre las entidades sujetas a su vigilancia; certificar la gestión y resultados de las entidades sometidas a su vigilancia; promover ante las autoridades competentes investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios o ex funcionarios de las entidades vigiladas que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado;

territoriales, de las cuales 31 son Departamentales, 31 son Municipales y 4 son Distritales, además de la Contraloría General de la República.

establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

2.2 Controles Internos de la Administración

Las administraciones públicas cuentan con sistemas de control administrativo propios, que tienen por objeto detectar irregularidades o ineficiencias, introducir correctivos a las actuaciones administrativas y mejorar la calidad de la gestión. En esta categoría de controles algunos se han establecido para que las administraciones se observen hacia el interior de ellas mismas, utilizando sus propios medios de supervisión.

En esta parte se analizarán los siguientes controles internos o propios de las organizaciones administrativas: el control de las decisiones administrativas mediante los recursos y reglas del procedimiento administrativo, el control jerárquico, el control interno y el control disciplinario interno.

2.2.1 Control de las Decisiones Administrativas Mediante los Recursos y Reglas del Procedimiento Administrativo

La ley asigna a la administración la facultad de revisar, bien sea de oficio o a petición de parte interesada, sus propias decisiones, por motivos de oportunidad o conveniencia y por razones de legalidad. Mediante las reglas del procedimiento administrativo los interesados pueden interponer recursos directamente ante la administración para que revoque modifique o aclare sus decisiones, invocando como sustento razones de mérito o conveniencia, o razones de legalidad. En relación con los actos administrativos generales las autoridades pueden, oficiosamente o por solicitud de los ciudadanos, en cualquier momento y por razones de mérito o de legalidad, derogarlos o modificarlos.

El estatuto legal que fija los procedimientos administrativos en Colombia es la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, contenido en la Ley 1437 de 2011. Sus normas, reza el artículo 1°, tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los

finestatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

La Ley 1437 de 2011 regula y garantiza el ejercicio del derecho constitucional de petición ante autoridades y ante organizaciones e instituciones privadas; organiza el trámite de los procedimientos administrativos por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos; fija las reglas mínimas de todo procedimiento sancionatorio; autoriza la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo; reglamenta los recursos que proceden contra las decisiones administrativas y regula la extensión de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado como mecanismo para agilizar la resolución administrativa de peticiones similares mediante aplicación del precedente judicial.

Este código fija los requisitos mínimos que debe observar la administración para que sus actos puedan considerarse legales. Los ciudadanos pueden oponerse a dichos actos utilizando los recursos que estable la ley, lo cual proporciona a la administración la oportunidad de revisar sus actuaciones y procedimientos, y de enmendar los yerros en sede administrativa, obviando así muchas veces que los afectados tengan necesidad de acudir al contencioso administrativo.

2.2.2 Control Jerárquico

Toda organización humana se traduce en estructuras jerárquicamente dispuestas, de tal manera que unos mandan y otros obedecen. La jerarquía sirve a los propósitos de conservar la cohesión del grupo, imprimirle unidad de propósito y conducirlo hacia la realización de metas y objetivos. Los niveles superiores de la organización tienen el deber de ejercer autoridad y los niveles inferiores de ejecutar órdenes. El principio de autoridad y, por ende, los controles jerárquicos, son el distintivo más generalizado de las organizaciones, sean estas privadas o públicas. En este sentido el derecho administrativo predica que el control jerárquico es una atribución de vigilancia y supervisión “que ejerce la autoridad superior sobre las autoridades o funcionarios inferiores, con fundamento en su rango y autoridad”.³⁵

Las estructuras administrativas revelan con toda claridad, en la disposición de sus oficinas y dependencias, el principio de jerarquía, y

³⁵ Libardo Rodríguez, op. cit., p. 81.

describen la arquitectura más elemental y general de la administración pública, que es el orden centralizado, el ordenamiento regular y vertical de la burocracia, colocada en progresivo ascenso de categoría por niveles perfectamente ordenados.

El control jerárquico, como atributo y función propia de quienes ejercen posición de mando o dirección en la organización, es requisito esencial para su conservación y funcionamiento. El control jerárquico se ejerce sobre la persona misma de los funcionarios, e igualmente sobre los actos de los funcionarios. En cuanto a lo primero, el control administrativo comprende una serie de atribuciones de superioridad jerárquica, tales como: la potestad de nombramiento, promoción y retiro de los funcionarios, el poder disciplinario, la facultad de instrucción y asignación de tareas, la facultad de asignar funciones y ordenar traslados, la facultad de delegar y avocar y otras funciones de similar naturaleza, todas ellas con sujeción, naturalmente a la ley, los manuales y los reglamentos. En cuanto a lo segundo, los actos de los funcionarios pueden ser revisados, reformados y revocados por el superior. No por casualidad el recurso de apelación, que se eleva ante el superior de quien expidió el acto para que lo revoque o modifique, se denomina también recurso jerárquico.

2.2.3 Control Interno

Puesto que a partir de 1991 dispuso la Constitución que la vigilancia de la gestión fiscal a cargo de la Contraloría General de la República sería posterior y selectivo, lo cual podría habería podido generar un vacío en la auditoría del gasto, asignó a cada entidad el ejercicio del control previo, preventivo y permanente, a través del denominado control interno. En efecto, el artículo 209 de la Carta ordenó que la administración pública, en todos sus órdenes, tendría un control interno. Complementariamente el artículo 269 de la Carta dispuso que en las entidades públicas se diseñaran y aplicaran, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno.

La Ley 87 de 1993³⁶ establece las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y dispone que el Sistema de Control Interno debe orientarse a la protección de los recursos de la

³⁶ *"Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones".*

organización y su adecuada administración, previniendo posibles riesgos y aplicando medidas para prevenir, detectar y corregir las desviaciones que se presenten y que puedan afectar el logro de sus objetivos.

El control interno está orientado al logro de los objetivos de la administración y el cumplimiento de los principios que rigen la función pública. Para cumplir con dicho objetivo es necesario establecer y mantener unos estándares mínimos sobre integridad pública, incorporación de la gestión de riesgos en la cultura de las organizaciones, evaluación integral de la calidad y confiabilidad de los sistemas de control interno y desempeño de los jefes de control interno, para de esta manera garantizar altos índices de calidad.³⁷

Los jefes de control interno o auditores internos son competentes para verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios. Además son los encargados de medir y evaluar la eficiencia y eficacia de la gestión de la respectiva entidad y deberán reportar a los organismos de control los posibles actos de corrupción e irregularidades que encuentren en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 8° de la Ley 1474 de 2011³⁸ dispone que el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción. Agrega la norma que, cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

El artículo 27 y ss. de la Ley 489 de 1998 creó el Sistema de Control Interno, entendido como el conjunto de instituciones, instancias de participación, políticas, normas, procedimientos, recursos, planes, programas, proyectos, metodologías, sistemas de información, y tecnología aplicable, inspirado en los principios constitucionales de la función administrativa cuyo sustento fundamental es el servidor público. El Sistema está dirigido por el Presidente de la República está apoyado y coordinado por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

37 V. Corte Constitucional, sentencia C-826 de 2013, sobre el Sistema de Gestión de Calidad creado por la Ley 87 de 1993.

38 *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"*

2.2.4 Control Disciplinario Interno

El Código Disciplinario Único³⁹ determina que toda entidad u organismo del Estado debe implementar u organizar una unidad u oficina de control disciplinario interno, al más alto nivel jerárquico, encargada de adelantar la indagación preliminar, investigar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de la respectiva entidad, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia.

El mecanismo para cumplir la función disciplinaria es la conformación de un grupo formal de trabajo, mediante acto interno del jefe del organismo, adscrito a una de las dependencias del segundo nivel jerárquico de la organización, coordinado por el Director de dicha dependencia.

Cuando la entidad cuente con una planta de personal muy reducida, que haga imposible la conformación del grupo de trabajo, la función disciplinaria es ejercida por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico. Cuando el superior inmediato sea el jefe del organismo, la segunda instancia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación.

2.3 Controles Intersubjetivos de la Administración o de Tutela Administrativa

Finalmente deben analizarse los controles administrativos que se han diseñado para que la administración central vigile a las entidades descentralizadas que le están adscritas o vinculadas, bien del orden nacional o bien del orden territorial, cuyo rasgo común es la autonomía administrativa. Se denominan intersubjetivos porque en este caso los controles relacionan entre sí a personas jurídicas públicas. Dichos controles, que se desarrollan entre entidades que tienen su propia personalidad jurídica (tanto la que controla como la controlada), se definen como controles de tutela, porque deben respetar la autonomía de las controladas y, por tanto, en este aspecto son sustancialmente diferentes del control jerárquico, que es propio de la organización interna de todas las entidades y organismos estatales en la disposición de las relaciones burocráticas entre superiores y subordinados.⁴⁰

³⁹ Ley 734 de 2002.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1994.

En este último acápite se tratará de los siguientes controles intersubjetivos, que son todos de tutela administrativa y, por tanto, no jerárquicos: i) el control de tutela sobre las entidades descentralizadas por servicios; ii) el control de tutela nacional sobre las entidades territoriales, de lo cual se ofrecen dos ejemplos: los sistemas de seguimiento, monitoreo y control para el manejo de los recursos del SGP y de las regalías; y la evaluación del desempeño administrativo y fiscal de las entidades territoriales.

Aun cuando el control de tutela, en general, confiere a la administración central facultades para direccionar y coordinar a las entidades descentralizadas, su régimen presenta importantes diferencias según que se trate de descentralización por servicios o de descentralización territorial, debido especialmente al régimen constitucional de las entidades territoriales, según se verá en este capítulo.

2.3.1 Control de Tutela sobre las Entidades Descentralizadas por Servicios

Este tipo de control administrativo es propio de las relaciones entre la administración central y sus respectivas entidades descentralizadas, creadas a partir del concepto de descentralización técnica, funcional o por servicios. Dichas entidades gozan, de acuerdo con la ley, de los atributos de personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Sobre ellas no puede la administración central ejercer control jerárquico, pues un control de esta naturaleza invalidaría la autonomía administrativa propia de la descentralización.

Sin embargo, dado que resulta indispensable que la administración central conserve la capacidad de coordinar el sector descentralizado y dirigirlo eficazmente hacia el cumplimiento de los fines y metas del Estado y de la política pública,⁴¹ para tal efecto la legislación ha diseñado medios indirectos de control que presentan características normativas e institucionales propias según los diferentes países, y que en su sutileza procuran diferenciarse sustancialmente del control jerárquico.⁴²

41 El artículo 104 de la Ley 489 de 1998 establece que el control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a *“constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.”*

42 Así, por ejemplo, prescribe el artículo 105 de la Ley 489 de 1998 que el control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos

En Colombia prescribe la ley que *“la orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas”* corresponde al Presidente de la República y, en su respectivo nivel, a las autoridades administrativas superiores, entre ellas los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores y los alcaldes.⁴³

La ley ha organizado la estructura de la Rama Ejecutiva nacional en sectores administrativos. Cada uno de estos agrupa a las entidades y organismos de la administración nacional por afinidad de materia, y está bajo la dirección de un Ministro o un Director de Departamento Administrativo.⁴⁴ La ley adscribe o vincula a las entidades descentralizadas a determinado sector administrativo, de tal manera que, sin excepción, todas las entidades descentralizadas quedan bajo la coordinación de un Ministro o un Director de Departamento Administrativo, que son las autoridades administrativas superiores del correspondiente sector,⁴⁵ y a quienes compete *“la orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un Sector Administrativo.”*⁴⁶ En relación con este aspecto ha dicho la Corte Constitucional:

*“La descentralización involucra entre nosotros, desde 1968, el concepto de vinculación del ente funcionalmente descentralizado a un ministerio o departamento administrativo, el cual ejerce un control de tutela sobre el primero, con miras a obtener la coordinación de la función administrativa. Así las cosas, el control de tutela parte de la base de la distinción entre organismos superiores e inferiores dentro de la estructura administrativa.”*⁴⁷

La ley ha establecido que las entidades descentralizadas estarán *“adscritas o vinculadas”* al sector administrativo que les corresponda, pero no aclara en qué consiste dicha adscripción o vinculación. La doctrina simplemente ha comentado que el sector central ejerce un control de tutela *“más fuerte”* o intenso sobre las entidades adscritas que sobre las vinculadas, pero algunos autores no se detienen a considerar diferencias sustanciales entre estas dos nociones.⁴⁸

específicos que conforme a la ley corresponda expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades.

43 Artículo 41 de la Ley 489 de 1998.

44 Artículo 42 de la Ley 489 de 1998.

45 Artículo 42 de la Ley 489 de 1998.

46 Artículo 44 de la Ley 489 de 1998.

47 Corte Constitucional, sentencia C-727 de 2000.

48 Libardo Rodríguez, op. cit., p. 479.

Ahora bien, el control de tutela de las entidades descentralizadas se manifiesta de diversas maneras y se ejerce por medio de atribuciones jerárquicas respecto de las personas de su más alto nivel administrativo y respecto de la conformación y funcionamiento de sus juntas y consejos directivos. En relación con el control que se ejerce sobre las personas del sector descentralizado, el artículo 189 de la Constitución declara que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, nombrar y remover libremente a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y agrega que, en todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. En este sentido la Ley 489 de 1998, que es el estatuto general de organización de la Rama Ejecutiva nacional, ha extendido dicha facultad presidencial al nombramiento y remoción de todos los superiores administrativos de las entidades descentralizadas nacionales.

En cuanto a la conformación y funcionamiento de sus órganos colegiados directivos, la Ley 489 dispone que todas las juntas y consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden nacional son presididas por el Ministro o el Director de Departamento Administrativo que coordina el respectivo sector. Además, en dichas juntas y consejos los funcionarios del sector central y agentes personales del Presidente de la República siempre hacen mayoría.

En conclusión, el poder de tutela, a pesar de que se ha diseñado para que sea indirecto y no jerárquico, es igualmente fuerte y decisivo para asegurar la conservación del orden administrativo, la coordinación y el liderazgo gubernamental en el sector descentralizado.

Igualmente poderoso, como control de tutela, es el control presupuestal que, a través de la Dirección General de Presupuesto, ejerce sobre la totalidad de la administración (sectores central y descentralizado) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio del control financiero y económico de las actividades presupuestales de las entidades públicas que le confiere la ley.

2.3.2 Control Vertical de Tutela sobre las Entidades Territoriales

El control de tutela que ejerce el nivel nacional sobre las entidades territoriales está sujeto a unas condiciones especiales, dado que el artículo 1° de la Constitución consagra en su favor los principios de

descentralización y autonomía. La suma de estos dos principios constitucionales lleva a que las entidades territoriales gocen de una autonomía reforzada, que va más allá del ámbito puramente administrativo (más allá de la autonomía que se deriva del principio de descentralización), y trascienda a una autonomía de rango superior, que habría que denominar política, y que es de neto origen constitucional.

El principio constitucional de autonomía atribuye a las entidades territoriales la titularidad de cuatro derechos, formulados en el artículo 287 de la Carta, consistentes en las facultades de: i) gobernarse por autoridades propias, ii) ejercer las competencias que les correspondan, iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y iv) participar en las rentas nacionales. En relación con este principio la Corte Constitucional declaró en una de sus primeras sentencias que

“el núcleo o reducto mínimo de la autonomía está constituido por los derechos y competencias que la propia Carta atribuye de manera general a las distintas entidades territoriales y de manera especial a cada una de ellas a través de todo el texto normativo.”⁴⁹

Debido al vigor autonómico que la Constitución atribuye a las entidades territoriales, podría parecer que, desde 1991, cuando se introdujo este principio, desapareció el control de tutela que tradicionalmente ejerció el gobierno nacional sobre departamentos y municipios, mientras Colombia fue un Estado unitario (desde 1886). Especialmente teniendo en cuenta que el principal vínculo de las entidades territoriales con la administración nacional consistía en la facultad del Presidente de la República para nombrar y remover gobernadores, y la facultad de estos para hacer lo propio con los alcaldes.⁵⁰

Sin embargo, el artículo 287 de la Carta estableció que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses “dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Así las cosas, la propia Constitución limita de diversas maneras la autonomía de las entidades territoriales. Por ejemplo, el artículo 356 establece que las transferencias nacionales constitutivas del Sistema General de Participaciones

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia 517 de 1992.

⁵⁰ La elección popular de alcaldes se estableció mediante reforma constitucional en 1986 (Acto Legislativo N° 1). La elección popular de gobernadores rige desde la expedición de la Constitución de 1991.

- SGP se asignan a las entidades territoriales con destinación específica, lo cual significa que las autoridades territoriales no pueden modificar ninguno de sus componentes. Esto es así porque dicha norma dispone imperiosamente que los recursos del SGP (que son bastante cuantiosos) se destinarán a la financiación de los servicios, dándoles prioridad a los de salud, educación preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre. Todo ello *“en los términos que establezca la ley”*.

Otra limitación jurídica de la autonomía de las entidades territoriales deriva del artículo 288 de la Constitución, conforme al cual la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales. En desarrollo de esta norma las leyes orgánicas 715 de 2001 y 1176 de 2007, además de asignar competencias minuciosamente a los distintos niveles territoriales, de manera estricta y detallada ha reglamentado la distribución de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones - SGP, que están destinados precisamente a financiar dichas competencias.

Por su parte los artículos 300 y 313 de la Constitución, que asignan competencias a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, prescriben que estas competencias se ejercerán en los términos que establezca la ley. Mediante leyes se expiden también los estatutos de organización y funcionamiento de los departamentos y municipios, y compete a leyes orgánicas incrementar la descentralización territorial, esto es, ampliar el elenco de las competencias asignadas a las entidades territoriales.⁵¹

De esta manera resulta que la autonomía de las entidades territoriales está ampliamente regulada y por tanto delimitada, por medio de leyes tanto orgánicas como ordinarias, además de la propia Constitución. Por consiguiente, la aplicación de controles administrativos por parte del Gobierno Nacional sobre las entidades territoriales debe respetar escrupulosamente el marco constitucional y legal de referencia.

Además de los principios de la función administrativa enlistados en el artículo 209 de la Carta, la Constitución predica principios específicos para las entidades territoriales, tales como los de coordinación,

51 Artículos 151 y 288 de la Constitución.

conurrencia y subsidiariedad (artículo 288) y los de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad (artículo 356).

El control de tutela de las autoridades nacionales sobre las entidades territoriales ha desaparecido como regla general, pero subsiste en numerosos casos puntuales, algunos de ellos muy relevantes. A continuación se citan, por vía de ejemplo, los siguientes: i) el Control de tutela mediante la delegación de competencias y la celebración de convenios, ii) los Sistemas de seguimiento, monitoreo y control para la gestión de los recursos del SGP y de las regalías, y iii) la evaluación del desempeño administrativo y fiscal de las entidades territoriales

2.3.2.1 Control de Tutela Mediante la Delegación de Competencias y la Celebración de Convenios

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 489 de 1998, los organismos y entidades administrativos del orden nacional tienen la capacidad de delegar funciones en entidades territoriales, caso en el cual el acto de delegación se materializará mediante “la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria.” Puesto que, conforme al artículo 10 de esta ley, las autoridades delegantes “deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”, la delegación, así sea mediante convenio, convierte a la autoridad delegataria en subordinada de la delegante, tanto más si los actos expedidos por la autoridad delegataria son susceptibles de recurso jerárquico o de apelación, y la autoridad delegante puede en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, al tenor del artículo 10 de la Ley 489 de 1998.

Los actos de delegación y, por añadidura, la celebración de convenios “para la ejecución de los planes y programas que se adopten conforme a las normas sobre planeación” (artículo 107 de la Ley 489 de 1998), que confieren al nivel nacional la potestad de supervisar “los compromisos y obligaciones de las entidades encargadas de la ejecución, los plazos, deberes de información e instrumentos de control para garantizar la eficiencia y la eficacia de la gestión”, convierten a las entidades territoriales en objeto directo de control de tutela por parte de las autoridades administrativas nacionales.

En este orden de ideas también merece atención el artículo 303 de la Constitución en cuanto señala que los gobernadores de los departamentos serán agentes del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como “para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento”. La condición de agentes convierte a los gobernadores en subordinados del Presidente en todo lo relacionado con las materias antes indicadas y, por tanto, en sujetos de control jerárquico, desde el punto de vista personal, y por esta vía al departamento en objeto de control de tutela.

Los convenios de desempeño previstos en el artículo 108 de la Ley 489 de 1998 tienen especial importancia, puesto que a través de este medio la Nación y las entidades territoriales pueden condicionar la utilización y ejecución de recursos de sus respectivos presupuestos, por parte de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta cuya situación financiera impida cumplir de manera eficiente y eficaz su objeto propio. Con este propósito los convenios de desempeño determinarán condiciones, objetivos y programas de acción para restablecer las condiciones que permitan restablecer el buen desempeño de la entidad. Obviamente, la función principal de la autoridad nacional será supervisar celosamente el cumplimiento del convenio por parte de las entidades territoriales, es decir, ejercer sobre estas estrictos controles administrativos.

2.3.2.2 Sistemas de Seguimiento, Monitoreo y Control para la Gestión de los Recursos del SGP y de las Regalías

Por reforma constitucional de 2007 (acto legislativo N° 4) se creó en cabeza del Gobierno Nacional una “estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones” (SGP), para asegurar el cumplimiento de metas de cobertura y calidad. Con este propósito el Gobierno Nacional quedó constitucionalmente facultado para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos a que haya lugar. El Departamento Nacional de Planeación (DNP) administra este sistema de control.

También por reforma constitucional⁵² se creó el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías con el objeto de velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías. La Ley 1530 de 2012⁵³ definió el funcionamiento del Sistema y el procedimiento para imponer medidas preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del Sistema General de Regalías, previendo que como parte de dichas medidas el Departamento Nacional de Planeación (DNP), que administra el Sistema,⁵⁴ podrá imponer a los Departamentos, Municipios y/o Distritos y demás ejecutores la suspensión de giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos.

2.3.2.3 Evaluación del Desempeño Administrativo y Fiscal de las Entidades Territoriales

El Departamento Nacional de Planeación evalúa anualmente el desempeño administrativo y fiscal de los municipios y departamentos a partir de la información debidamente soportada que deben remitir los gobernadores y alcaldes mediante aplicativos y sistemas de información especialmente diseñados para el efecto.

A partir de los datos recogidos, y aplicando una densa batería de indicadores, al final de cada año se publican los resultados del desempeño integral. En cuanto a los municipios, la metodología evalúa la gestión en cuatro componentes integrados: i) eficacia (avance del plan de desarrollo y cumplimiento de metas), ii) eficiencia (productos obtenidos), iii) cumplimiento de requisitos legales (recursos SGP asignados, incorporados y gastados), y iv) gestión (capacidad administrativa y eficiencia fiscal). Al final del ejercicio las entidades territoriales reciben, una por una, una calificación de acuerdo con los siguientes rangos de calificación: sobresaliente, satisfactorio, medio, bajo y crítico.

52 Parágrafo 3° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 5 de 2011, modificadorio del artículo 361 de la Constitución.

53 *"Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías"*.

54 *Ibid.*, artículo 9° numeral 4.

La Planificación como Instrumento de Control

Ismael Mata*

1 Bases Conceptuales

La Constitución Nacional de Argentina (CN), pese al tiempo transcurrido desde la sanción en 1853, atendió al valor de eficiencia en la gestión pública ya que estableció en su Preámbulo “promover el bienestar general” y encomendó al Congreso “promover la conducente a la prosperidad del país y “al adelanto y bienestar de todas las provincias”, mediante “leyes protectoras de estos fines” (Art. 67, inciso 16, actual 75, inc. 18).

La reforma de la Constitución realizada en 1994 incorporó un nuevo artículo que reconoce expresamente los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios y para su (Art. 67, inciso 16, actual 75, inc. 18) protección estableció los principios de “calidad y eficiencia de los servicios públicos” (art. 42).

Tales principios articulados con los valores constitucionales originarios, precedentemente señalados, y los agregados por la reforma de 1994, esto es, “desarrollo humano y progreso económico con participación social”, “crecimiento armónico de la Nación”¹, “bien general del Estado” y “grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”, estos dos últimos propios de la política tributaria², tienen como resultado la expansión de los principios de “calidad” y “eficiencia”, tornándose exigibles para todas las funciones y actividades del Estado, y transformando el perfil burocrático de la Administración en un modelo “servicial”, esto es, al servicio eficaz de la gente.

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, Austral, Rosario, La Plata, Nacional del Nordeste y la Escuela de Abogados del Estado. Autor de numerosos libros y artículos de Derecho Administrativo.

1 CN, art. 75, inc. 19.

2 CN, art. 75, inc. 2.

A mí entender, un modelo de “Administración Servicial” debiera caracterizarse por los rasgos siguientes:

- Adoptar políticas públicas sostenidas en el tiempo, aunque mediante procesos flexibles de adaptación;
- Obtención de resultados eficaces;
- Solución efectiva de los problemas de la gente;
- Estimular la participación;
- La adopción de mecanismos para establecer estándares de calidad en la gestión; y
- Regular y controlar no sólo con la aplicación de sanciones, sino también por medio de la creación y aplicación de incentivos para lograr conductas voluntarias acordes con las políticas públicas.

La Administración actual debe desenvolverse en un escenario de alta complejidad que genera arduos problemas de gestión, como la aceleración de la innovación tecnológica que en el marco de la “convergencia” sobre la red de redes (Internet), posibilita disponer en forma instantánea de la información necesaria, transformándola progresivamente en un verdadero “bien público”³. A ello cabe agregar los efectos de la globalización que, en gran parte, están fuera del control estatal, la escasez de recursos, la mayor demanda social, la inseguridad, los reclamos sindicales, la falta de compromiso y de idoneidad de sus agentes, la distorsión de las redes sociales, entre muchas otras cuestiones.

Se trata de problemas calificados como “perversos” por la doctrina, no por razones éticas, sino porque no tienen soluciones claras y la adopción de una de ellas genera nuevos problemas, sin que resulte posible dejar satisfechos a todos los involucrados; tales son los casos de la protesta social, la ocupación del espacio público con afectación de la libertad de circulación o el congelamiento de los salarios del sector público, así como una enorme cantidad de disyuntivas análogas que no pueden ser afrontadas con métodos rutinarios.

El sistema de la gestión estatal y, en especial, la administrativa, está relacionado con tres subsistemas que directamente condicionan la toma de decisiones, esto es, cultura, información y comunicación.

Se distinguen de los problemas “dóciles”, cuyas dificultades son de carácter técnico, aún de alta complejidad (v. gr. el caso extremo de la

³ Vid. MATA, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en la obra colectiva “Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, pp. 331/358.

llegada del hombre a la luna y su regreso a salvo a la tierra), sin embargo “dócil” porque puede superarse con una respuesta técnica⁴.

La cultura se integra con tres elementos que son “creencias”, “comportamientos” y “supuestos”; el primero de ellos está constituido por un grupo de expectativas y valores, en función de los cuales quienes son miembros de una organización, establecen lo que tiene importancia o carece de ella, las acciones correctas o incorrectas, lo que es verdadero o falso; en definitiva, las creencias generan mensajes acerca de qué pensar y hacer. En tal sentido, las acciones del administrador no son iguales si está sólo motivado por cumplir las reglas y obedecer las órdenes, que si asume como objetivo prioritario de su función el responder con un servicio de calidad a las necesidades de la gente.

Por su parte, los “comportamientos” son las acciones que realizan los integrantes de la organización, movidos por las creencias, pudiéndose identificar como datos objetivos, el modo de hablar y tratar a los administrados, de comunicarse, de resolver conflictos y de asumir compromisos.

Finalmente, los “supuestos” consisten en las razones o excusas que sirven a quienes pertenecen a la organización, para justificar ciertas creencias y comportarse de una determinada manera.

En definitiva, los caracteres culturales de una organización constituyen sus datos de identidad y suelen explicar la resistencia al cambio, a pesar de las exigencias siempre variables que plantea el entorno.

En las organizaciones actuales tienen relevancia sustancial el subsistema informativo y las nuevas formas de pensamiento originadas por el ya mencionado desarrollo vertiginoso de la tecnología. El subsistema se integra, inicialmente con “datos”, que son unidades con los formatos de palabras, números, sonidos e imágenes, los cuales se ordenan de acuerdo a un patrón que les confiere un sentido determinado (v. gr. los sonidos de las notas musicales pueden combinarse para producir música, así como las palabras articuladas armoniosamente configuran un poema). Cuando la información, entendida como resultado de un proceso ordenador, es recibida, comprendida o aprendida por otras personas se transforma “en conocimiento”, que consiste en el uso y aplicación útil o placentera de la misma.

4 V. HARMON, Michael M. y MAYER, Richard T., “Teoría de la Organización para la Administración Pública”, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1999, pp. 37/43 y 451/453.

Corresponde también tener en cuenta que si la información es compartida con otros, sobreviene la “comunicación”, proceso que da comienzo con el “mensaje”, cuyo contenido tiene un “significado”, el cual requiere la “decodificación” por las personas a quienes va dirigido, para que la comunicación tenga efecto y posibilite en lo interno de la organización que sus miembros trabajen en forma coordinada, cooperen entre sí, actúen con calidad y eficiencia, y hacia lo externo, generen respuestas dotadas de eficacia.

La importancia del subsistema de comunicación ha sido valorada con intensidad por la escuela de “Ontología del Lenguaje”, la cual sostiene que las organizaciones, sean públicas o privadas, constituyen verdaderas “redes de conversación”, ya que su acción se desenvuelve por medio de un flujo de pedidos, ofertas, promesas, reclamos, declaraciones y decisiones, tanto en sus relaciones internas como externas.

Dichas redes resultan invisibles y tienen carácter tácito, pudiéndose agregar que “no están escritas en ningún organigrama, pero suelen ser más poderosas para lograr objetivos individuales y colectivos si uno las puede identificar y las sabe gestionar (...) En síntesis, sabiendo uno cómo unir los puntos de las personas adecuadas dentro de una red intrincada de relaciones (...) se puede lograr ahorrar meses y hasta años de negociación para llegar a la ejecución de acuerdos efectivos y sustentables para nuestras organizaciones”⁵.

2 La Planificación en el Siglo XX

En líneas generales puede señalarse que la economía planificada en la primera mitad del siglo pasado, despertó ciertas resistencias porque se la consideraba orientada al socialismo y el comunismo y, en una visión más simplista, se la asimilaba a los planes quinquenales obligatorios de la Rusia Soviética.

Sin embargo, corresponde precisar que los socialistas clásicos, conocidos como “utópicos”, se dedicaron a pensar cómo construir economías comunitarias, sin que contaran con la adhesión de Marx, quien consideraba tales esfuerzos ideológicos como inútiles, ya que no es posible prever los problemas prácticos futuros, debido según expresaba, a que “el problema surge simultáneamente con los medios para resolverlo”

⁵ CASTIGLIONI, ARIEL y BARAS, PABLO, *La gestión efectiva de las conversaciones*, Diario “La Nación” del 22/04/2012.

Los socialistas “utópicos” dieron comienzo a una corriente “revisio-nista” del marxismo con propuestas teóricas de distintos planes, entre ellos, los llamados de “Ciudades Futuras” que aspiraban a la transferencia de los medios de producción a la comunidad y la distribución de los bienes de acuerdo con los planes de la autoridad gubernamental. Sin embargo, en una variante de este modelo se auspiciaba que los bienes de consumo quedaran librados a las leyes de oferta y demanda.

Cabe también recordar, entre las iniciativas “revisionistas”, la presentación de los “planes corporativos” que fomentaban la entrega de la producción de bienes a equipos técnicamente capacitados de obreros, quienes, además, quedarían a cargo de valorizarlos para su distribución.

Con el advenimiento del socialismo revolucionario al poder a través del éxito de la Revolución rusa de 1917, se imponen el pensamiento y la acción política de Lenin, quien consideraba que el objetivo final del comunismo debía ser la construcción de un sistema sin propiedad privada, incluso sobre los bienes de consumo, dando a cada uno de acuerdo a sus necesidades.

En su visión utópica, el fin de toda explotación unida a la convicción del obrero de que no trabaja para un patrón explotador, darían lugar a la erradicación de la pobreza y el delito, por lo tanto, no habría ninguna necesidad del Estado ni del gobierno.

Sin embargo, Lenin advertía que ese sueño no era todavía realizable y resultaba menester un régimen socialista de espera consistente en la “dictadura del proletariado”, dentro de un Estado fuerte y propietario de los medios de producción que dirija con una disciplina de hierro.

Según sus palabras “La combinación de los términos liberal y estado no tiene sentido” y agregaba que “Todos los ciudadanos se convertirían en empleados y obreros del único gran sindicato de Estado”.

En esa línea, admitía que en una sociedad colectivista la necesidad de una rápida industrialización impide amplias distribuciones del ingreso y obliga a producir más instrumentos de producción que bienes de consumo. De ahí su reconocimiento de que la generación actual tenía que sacrificarse para construir un mundo mejor para las generaciones futuras⁶.

6 La estrategia de la planificación soviética permitió construir, un poderoso aparato industrial que en 1961 hizo posible que el cosmonauta ruso Yuri Gagarin realizara el primer viaje humano al espacio pero, en contraste, la vida cotidiana y la escasez de bienes de consumo, estuvieron marcados por la penuria y el sufrimiento. Tan es así, que en un chiste popular de la época se contaba que una persona llamaba a la casa de los Gagarin y atendía el hijo que se encontraba solo, quien contestaba: “Papá se fue a dar vueltas al espacio y regresa a las 10 de la noche. Mamá fue al mercado a tratar de conseguir leche y huevos y no se sabe cuando vuelve”.

El sistema así concebido se puso en marcha en 1917 y no fue fruto de la teoría sino de las necesidades reales y a ellas debieron enfrentarse los bolcheviques, que en los primeros tiempos de su gestión continuaron con elementos de la economía anterior adaptados a las industrias consideradas como bienes sociales, en las cuales el Estado participaba en carácter de accionista de las empresas, que eran controladas por los obreros.

Las fallas de esa adaptación, causada por la escasez de materias primas, hizo que se ensayaran acciones de corrección como la creación del Consejo Superior de Economía Nacional (1918) y por iniciativa de Lenin, la adopción de líneas futuras de acción contenidas en “programas”, el primero de los cuales fue el “Plan Único de la Economía”, con un horizonte temporal de 15 años. Sin embargo, ante su pobre resultado y mucho antes de su vencimiento, se procedió a elaborar planes de mediano plazo, denominados “planes quinquenales”. En definitiva, la necesidad de la planificación se impuso por la fuerza de la realidad.

Otra forma de planificación unida a un régimen autocrático fue la “Nacional Socialista” de Alemania durante el gobierno de Hitler (comenzado en 1936), con planes de cuatro años y un control estricto y centralizado sobre la industria y el comercio exterior, acompañado de un gran aparato de propaganda.

Además de esas experiencias hegemónicas, varios países ensayaron poner en marcha distintas iniciativas de planificación de éxito variable, como aconteció en Francia con los planes Tardieu (1929) y el Grandes Obras (Plan Marquet 1934). También pueden recordarse el plan italiano de secado de pantanos y el programa de obras realizado por la Autoridad del Valle de Tennessee, que dio comienzo en 1933 y es considerado un modelo de planificación no socialista.

Durante la Primera Guerra Mundial el único llevado a cabo en un país democrático fue el plan agrícola de Suiza (denominado “Plan Whalen”), debiéndose destacar que en los años de duración de ese conflicto armado se consolidaron las teorías sobre la economía de guerra, entendida como una ciencia social que trata los problemas económicos que deben ser resueltos por el gobierno con la cooperación de los ciudadanos, cuando un país se ve envuelto en ella.

En ese escenario, los planes militares para el desarrollo del combate se extendieron a partir del concepto de “guerra total”, de modo que los planes tradicionalmente de batalla pasaron a ser sólo piezas dentro

de una planificación general que comprendía a todas las actividades sociales⁷. Aparece, entonces, la guerra tratada como la crisis de mayor intensidad, que autoriza a los gobiernos para adoptar medidas de emergencia, las cuales hacen necesario reformular o suspender el ejercicio de los derechos personales.

Por lo tanto, la planificación puede tener distintos modelos, entre ellos, un perfil “autoritario” y “obligatorio”, como los casos referidos de la Rusia Soviética y Alemania; en la misma línea, resulta posible la inclusión de los planes aplicados en los territorios coloniales, que en rigor consistían en programas de inversión de las metrópolis, con el objetivo predominante de atender los intereses de la potencia colonial.

Otra forma de manifestación es la planificación de los países democráticos, que tiende a realizar objetivos de modo indicativo o sugerido para el sector privado, mientras que tiene carácter obligatorio para el sector público, sin perjuicio de la propuesta de incentivos o la publicación de medidas de fomento con el fin de lograr la adhesión privada.

A grandes trazos, la planificación democrática permite distinguir, según su ámbito de aplicación, entre las que adoptan programas sectoriales (o planes-programas) y las que tienen carácter integral.

En la primera categoría se ubican los programas destinados a solucionar los problemas de la desocupación o el paro forzoso, que tuvieron un cariz dramático en la crisis mundial de los años 1929/1930, dando lugar a una mayor intervención del Estado en la economía. El gran analista de la “Gran Depresión” fue John Maynard Keynes, quien abordó el desempleo en Inglaterra y a partir de una crítica al capitalismo, sosteniendo que el desempleo estaba causado por la insuficiencia de la demanda y esta falla limitaba las inversiones y el nivel de la ocupación.

Para enfrentar ese problema propuso una serie de políticas estatales, consistentes en orientar la moneda hacia la expansión de la economía, aumentar las inversiones públicas, redistribuir los ingresos a favor de los asalariados y de los empresarios que realicen grandes inversiones y adoptar criterios “proteccionistas” para lograr el aumento del ingreso nacional.

Con ello Keynes propugnaba la reforma del capitalismo a través de las políticas referidas, con preservación del derecho de propiedad y con la

7 En 1913 apareció un artículo publicado en Alemania donde se anunciaba que en una próxima guerra tendría lugar una estrategia económica de gran envergadura que incluiría medidas tributarias y una serie de instituciones propias que conformarían un sistema unitario.

precisión de que ellas no constituían un modelo de “dirigismo” ni de una planificación totalitaria del Estado. La aplicación de las medidas de inter-vencción que Keynes proponía, hacia necesario un plan de gobierno, como en definitiva, lo hicieron los países que siguieron su visión económica.

3 Caracteres de la Planificación

El Estado actual y, en especial, su Administración Pública, al igual que cualquier organización, sea pública o privada, emplean la técnica de la planificación que, en sustancia, consiste en pensar las acciones futuras para obtener determinados objetivos. A través de esa técnica, se procura encontrar la solución a los problemas que se han identificado mediante la previsión; por lo tanto, la secuencia empieza con prever y sigue con planear o planificar.

La planificación requiere la adopción de hipótesis acerca de los escenarios posibles y cómo se desenvolverán, se trata de pronosticar, es decir, intentar el conocimiento del futuro mediante un análisis metódico, estableciendo objetivos y los medios para conseguirlos, de modo que conduzcan a la situación deseada.

La planificación es un proceso que responde a los posibles cambios de escenarios y, en este sentido, las hipótesis que le sirven de base presuponen el modo en que evolucionará el escenario futuro.

Dicho de otro modo, constituye un proceso permanente que asegura la continuidad de las políticas públicas y que recorre en su desarrollo las etapas siguientes: información, diagnóstico, pronóstico (o prognosis), elaboración, participación, decisión, comunicación, disponibilidad para su ejecución y durante el desarrollo de esta última, la puesta en marcha de la retroalimentación.

Se considera que el papel más importante lo cumple el “proceso de planificación”, en lugar de los planes que contiene. Este argumento fue expresado a modo de hipérbole por Dwight Eisenhower, Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas en la Segunda Guerra Mundial, quien dijo: “Los planes son nada, la planificación es todo”.

En atención a su carácter de proceso, la planificación debe estar acompañada de controles que, en función del tiempo de su realización, pueden distinguirse en preventivos -v.gr. la fijación de políticas básicas por el legislador-, concomitantes -si los órganos presupuestarios o los

servicios jurídicos se expiden sobre su viabilidad- y críticos (o ulteriores) dirigidos a verificar el cumplimiento de su ejecución.

Durante la ejecución, la tarea de los órganos de control y los de planificación, desarrollan una actividad de evaluación, que puede dar lugar a la revisión de lo planeado y, por lo tanto, a la retroalimentación y continuidad del proceso de planificación.

En rigor, el contenido de la planificación es el instrumento básico de control que condiciona todas las actividades futuras de la organización, ya que integran el rol, estándar o modelo a seguir, como surge de la etimología de origen francés del vocablo “contre rôle”, o sea, confrontar con la regla establecida en el plan para verificar los desvíos y aplicar las correcciones.

Sobre la formación de la técnica de planificación concurren distintas disciplinas –economía, ingeniería, ciencia de la administración, derecho, entre otras- y hacen que se desenvuelva siguiendo ciertos principios básicos señalados por la doctrina, que son:

- Previsión, ya que está dirigida al futuro, realizando una actividad prospectiva sobre el obrar del Estado, con planes de corto, mediano y largo plazo.
- Necesidad, toda organización sea pública o privada, requiere planificar su gestión máxime en la época actual que debe afrontar los serios problemas que ya señalé en *Bases Conceptuales*.
- Continuidad, ya mencionada, porque el plan debe servir de sustento a las funciones públicas, en particular, la de administrar, que tiene carácter permanente.
- Universalidad, referida a la planificación estatal expresa que debe comprender todos los sectores y actividades y, en función de ello, el plan adquiere coherencia. Si se trata de abarcar todas las actividades componentes de la función administrativa, el rasgo debería ser la “integridad” y si se dirige también al sector privado, no podría tener la misma amplitud, ya que en este caso, sus caracteres serían indicativo y selectivo, aplicando técnicas de fomento o más precisamente, de “incentivo”.
- Unidad, entendida como el armado de un todo orgánico, con sus partes correctamente articuladas. Este último no me parece un rasgo distintivo ya que, en definitiva, expresa que el plan debe ser un trabajo bien hecho, exigencia exigible para toda labor humana, especialmente, si se proyecta sobre las demás personas.

Lo mismo cabe decir respecto al carácter de “racionalidad” que señala la doctrina y que correspondería sustituir por las nociones más precisas de eficiencia y eficacia.

Me permito reiterar que de acuerdo con el perfil político del Estado que la lleva a cabo, se puede distinguir entre planificación imperativa, cuando la desenvuelve un régimen totalitario y la aplica en forma obligatoria, no sólo al sector público sino también al privado. En cambio, será indicativa y concertada, si la obligatoriedad se circunscribe al ámbito estatal y no se dirige a la actividad privada, como acontece en los sistemas democráticos, donde la conducta deseada de los particulares tiene carácter voluntario y consiste en una respuesta posible a la oferta de incentivos.

4 Regimen de la Planificación en Argentina

En la Constitución histórica de Argentina (1853-1860 y una última reforma en 1994) entre las atribuciones del Congreso Nacional se incluyó la llamada “cláusula del progreso” (art. 67, inc. 16, actual art. 75, inc. 18), la que prevé como uno de sus instrumentos para promover el desarrollo, el dictado de planes de instrucción general y universitaria.

Por otra parte, el Congreso tenía la atribución de “Fijar anualmente el presupuesto de gastos de la Nación” (art. 67, inc. 7). Esta cláusula fue reformada en 1994 y su texto actual expresa: *“Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”* y, a renglón seguido, agrega un cometido muy importante de control, raramente ejercido por el Congreso que es *“aprobar o desechar la cuenta de inversión”* (art. 75, inc. 8).

Debe destacarse que en el sistema Argentino todavía están pendientes de elaboración el “programa general de gobierno” y el análisis doctrinario de ese instrumento básico de planificación. Ante esa carencia surgen los interrogantes siguientes: ¿a quién compete su elaboración, cuáles serían sus materias componentes y cómo se articularía con la ley de presupuesto y el plan de inversiones públicas?

Por lo pronto, ese “programa general” resulta de mayor amplitud y constituye el marco de un plan económico y social, el que a su vez, debería condicionar el presupuesto del Estado, que es una fase de la

planificación constituida por un programa financiero de corto plazo y que dirige la actividad del gobierno relativa a los gastos y recursos públicos.

A través del plan económico, debiera aspirarse a llevar a cabo políticas de coyuntura vinculadas al ciclo económico, por lo que sus metas estarían sujetas a un horizonte temporal de mediano plazo, o sea, alrededor de los cinco años.

De su lado el presupuesto de gastos y recursos, como instrumento de contabilidad preventiva (es decir, de control), contiene reglas de índole formal y sustancial, entre las primeras, se sitúan las de uniformidad, claridad y especificación, mientras que las segundas, son las de generalidad, equilibrio, precedencia, publicidad y exactitud.

Cabe agregar que entre las llamadas “reglas de precedencia” se ubica la prórroga automática del presupuesto correspondiente al ejercicio anterior, la aprobación tácita de su proyecto y la autorización temporaria de gastos.

En el ámbito nacional, la derogada Ley de Contabilidad (LC)⁸, tenía previsto el desdoblamiento del presupuesto general, en uno de gastos y otro de inversiones patrimoniales, con inclusión en este último del Plan Anual de Obras y Trabajos Públicos la encomienda al Poder Ejecutivo de la elaboración del Plan Anual Analítico, referido a los créditos previstos por el primero de dichos planes⁹. A ello se agregaba la previsión sobre la ejecución de obras públicas por más de un año y el mantenimiento del plan anterior si no se aprobaba el correspondiente al ejercicio en curso¹⁰.

Por su parte, la Ley de Administración Financiera N° 24.156 (LAF), incluye normas similares a las de la LC sobre los créditos presupuestarios destinados a obras, bienes y servicios, cuya ejecución o previsión se extiende a más de un ejercicio¹¹ y por otra parte, incorpora reglas referidas a la planificación vinculada con el sistema presupuestario, pudiendo señalarse las siguientes:

La encomienda al Poder Ejecutivo para fijar los lineamientos generales del proyecto de ley del presupuesto¹².

8 D.L. 23.354/56.

9 LC, arts. 3° y 9°.

10 LC, arts. 10 y 11.

11 LAF, art. 15.

12 LAF, art. 24.

La necesidad de evaluar el cumplimiento de los planes y políticas nacionales y del desarrollo general del país, para que a partir de esa base, más la proyección de variables económicas de corto plazo, se propongan las prioridades presupuestarias en general y los planes o programas de inversiones públicas en particular.

Conforme con esa orientación, se prevé la evaluación de la ejecución del presupuesto¹³, así como la elaboración de un presupuesto “consolidado”, con los requisitos, entre otros, de incluir los proyectos de inversión y un análisis de los efectos económicos sobre el resto de la economía¹⁴.

5 La Planificación como Proceso Controlado de Decisión

Como reflexión previa, corresponde destacar que en la toma de decisiones resulta esencial el factor tiempo y, por lo tanto, no deben postergarse, cayendo en la “trama de la indecisión racional” o “trampa del Asno de Buridán”, animal que se enfrentó a un terrible dilema: se le puso a disposición agua y comida pero tenía tanta hambre y sed que no sabía por dónde empezar, dudaba si era preferible comer o beber primero, tanto estuvo reflexionando que al final cayó muerto, y no se sabe si de hambre o de sed o de agotamiento intelectual.

Hasta no hace mucho tiempo el estudio de las decisiones de la Administración Pública se circunscribió al análisis del acto administrativo, con cierto desinterés por el proceso de formación y elaboración del mismo, pudiéndose agregar que esta forma de decidir se ejercitaba como si se tratara de resolver un conflicto. En las certeras palabras de CASSESE: “(...) s'è dimenticato, però, che il procedimento, prima che per difendersi meglio, serve per decidere meglio”¹⁵.

Evidentemente, el modo tradicional de tomar decisiones públicas, todavía con marcada influencia de los modelos provenientes del derecho privado, no resultaba útil para desarrollar un proceso de planificación, ya que la figura más cercana, o sea, el presupuesto anual de gastos y recursos consistía en un cuadro de caja donde se preveían gastos y se calculaban los recursos para atenderlos, generalmente, conforme a un horizonte temporal de corto plazo.

13 LAF, art. 17, inc. k

14 LAF, art. 55, incs. c y f.

15 CASSESE, Sabino, “Le Basi del Diritto Amministrativo”, Terza Edizione, Milano, 1995, pág. 302.

La planificación en cambio, se configura como un conjunto de procesos o series de decisiones vinculadas entre sí, mutuamente influenciadas y que se dirigen a los puntos de convergencia que son los planes, donde se articulan las series de decisiones.

Como en todo proceso de decisión, en especial, los que son parte de las funciones del Estado, el punto de partida es el ingreso de información, que consiste en un complejo de datos articulados conforme a un patrón que le asigna un sentido funcional.

La información que sirve de base a los planes estatales proviene de distintos órganos de acuerdo con su competencia (principalmente en las materias de derecho, finanzas y aspectos técnicos), que confluyen para establecer los objetivos y estrategias del plan, de acuerdo con la visión interdisciplinaria que guía su elaboración.

El diseño de un plan requiere la clara definición de sus objetivos, ya que tendrá mayor factibilidad cuanto menor sea la distancia –medida en el tiempo y la posibilidad de obtención de recursos- que separe la situación actual del escenario previsto como objetivo.

Los objetivos pueden distinguirse entre generales y sectoriales y en función de ellos y en el marco del plan, se procede a la elaboración de programas y proyectos, en sentido descendente y como etapas en el proceso de ejecución del plan.

Una vez determinados los objetivos, se pasa a la construcción del ámbito propio del plan, que incluye el espacio territorial de las acciones a desarrollar –v.gr nación, provincias, municipios, regiones, zonas geográficas-, los tiempos fijados a la ejecución de esas acciones y la identificación de los agentes, bienes y servicios que se consideran necesarios para tal finalidad.

El paso siguiente en el armado del plan es la previsión de los posibles “impactos” o efectos que puede producir, los cuales deben ser tratados como costo, beneficio o condicionante inevitable; por ello, la eficacia del plan depende de un inventario lo más completo posible de los “impactos” y su incidencia en el cronograma asignado al conjunto.

La ubicación en el tiempo de la incidencia de los impactos, la elección de los agentes y la incorporación de bienes y servicios, permite establecer el ámbito global de los efectos del plan, posibilitando el enfoque adecuado de las “externalidades” y los “bienes públicos”, como requisito de la planificación del Estado.

Cabe precisar que las “externalidades” se consideran como “fallas” del mercado porque son ajenas a la articulación entre oferta y demanda de un negocio (transacción), ya que benefician o perjudican a terceros ajenos al mismo y

quienes las provocan no las tienen incluidas en el valor económico de su negocio, o sea, que carecen de precio.

Ante tales efectos externos, adquiere importancia fijar un valor a los mismos para obtener un tratamiento eficiente de su impacto, ya sea por medio de la negociación (v.gr. la imposición de cuotas a la contaminación industrial), el incentivo (promesa de un beneficio o ventaja a quien se haga cargo de tales efectos) o bien la regulación, a través de la cual el Estado establece políticas obligatorias para el tratamiento de la externalidad.

Desde la visión jurídica, puede señalarse que ante la afectación de los derechos de terceros, el instrumento para su tratamiento es la protección legal de los “intereses difusos” y “derechos de incidencia colectiva”, que han sido reconocidos por la CN luego de su reforma en 1994, asegurando la legitimación procesal de los derechos que protegen el ambiente¹⁶.

Por su parte, la figura del “bien público” no se refiere al carácter público de su titular, sino a que puede ser consumido o usado al mismo tiempo por una o más personas en forma igualitaria, sin que se genere “rivalidad” o conflicto sobre su uso o consumo. El rasgo característico es la “no-exclusión”, o sea, que nadie puede ser privado de su goce, por lo que está fuera del mercado y de los negocios que tiene lugar en él; en definitiva, todos los habitantes de un país pueden gozar de tales bienes, como en los ejemplos tradicionales de la paz interior o la seguridad.

Respecto a los bienes públicos, el Estado asume el deber de proveerlos, según acontece en los casos de la salud y educación, aunque en concurrencia con servicios privados sujetos a regulación. El incumplimiento del deber del Estado para asegurar su provisión como respuesta necesaria a los derechos humanos, ha provocado un reciente debate doctrinario sobre el concepto y los caracteres de un “Estado fracasado” o “en vías de fracaso”, con la mirada puesta en la falencia de los servicios públicos esenciales (v.gr. agua potable y saneamiento) o de la inseguridad frente a los avances del narcotráfico y la delincuencia organizada¹⁷.

La construcción final del plan se lleva a cabo articulando los distintos ámbitos en uno solo, que suele llamarse “de compromiso”, donde se aborda el tratamiento de los límites del entorno que condicionan su contenido y futura ejecución, como los de índole política, administrativa, jurídica o cultural, entre otros.

En los planes se establecen acciones y objetivos deseados, frente a los cuales el control trata de que las acciones se cumplan y los resultados sean obtenidos.

¹⁶ CN art. 43.

¹⁷ Vid. ROTBERG, Robert I, CLAPHAM, Christopher y HERST, Jeffrey, “Los Estados Fallidos o Fracados: un debate inconcluso o sospechoso”, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007

Como ya he señalado, el planeamiento requiere información calificada y ésta, en gran medida, puede ser proporcionada por los resultados del control.

En Argentina, a diferencia de la derogada Ley de Contabilidad, la vigente LAF atribuye a los órganos permanentes de control el desarrollo del contenido integral del mismo, abarcando los aspectos presupuestarios, económicos financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de programas, proyectos y operaciones, desarrollando el control con criterios de economía, eficiencia y eficacia¹⁸.

La decisión pública consiste en un proceso permanente, integrado por planificación, actos preparatorios y resolutorios, acciones de ejecución, control y retroalimentación, lo que requiere: a) planes y políticas; b) comparación de los resultados efectivos con los planes; y c) control y acciones correctivas.

En Argentina la falta de planes y de continuidad de las políticas públicas hacen que el control resulte meramente formal y limitado, en la mayor parte de los casos, a la sola verificación de la legalidad.

Desde la doctrina se suelen señalar cinco criterios para un control eficaz:

- Vinculación con los objetivos.
- Objetividad, imparcialidad y transparencia.
- Integridad, debiéndose cubrir todas las metas deseadas, con atención de los aspectos cualitativos y cuantitativos.
- Oportunidad: la que implica su realización en el momento que resulta necesario, máxime en el sistema argentino, ya que la LAF no le atribuye efectos suspensivos, transformándolo en control histórico.
- Aceptabilidad: la función de control debiera estar reconocida y valorada, en base a la capacidad y profesionalismo de los controladores¹⁹.

Para finalizar, en mi opinión los aspectos del control en la Administración Pública exigen señalar las serias deficiencias de su ejercicio en Latinoamérica, particularmente respecto de los contratos administrativos, donde los escándalos de corrupción desde hace tiempo están instalados en los medios y son objeto de intensa investigación por la justicia penal, debiéndose destacar que la operación “Lava Jato” ha provocado un fuerte impacto en toda la región.²⁰

18 Pautas establecidas para el control interno de la Sindicatura General de la Nación y el externo que ejerce la Auditoría General de la Nación (LAF, arts. 103 y 11).

19 Vid. DEL PRADO, Luis y SPITZNAGEL, Guillermo, “Administración”, EDUCA, 2005, pág. 456.

20 Ha trascendido que la empresa constructora Odebrecht habría pagado sobornos por alrededor de 788 millones de dólares para conseguir contratos en once países de América Latina.

El Control Administrativo de la Actividad de la Administración. Fundamentos Jurídicos, Escenarios y Retos Actuales en Colombia

William Zambrano Cetina*

Introducción

La expresión “control administrativo de la actividad de la administración” escogido para el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo de 2019, puede aproximarse desde por lo menos dos perspectivas que interesan al derecho público: desde la ciencia administrativa y la teoría de la gestión pública, o desde el derecho administrativo y la teoría jurídica del control. Ámbitos diferenciados que guardan sin embargo estrecha relación y comparten conceptos y principios que resultan útiles en ambos universos.

En el primer caso, el control administrativo se entiende esencialmente como una de las fases del proceso administrativo, junto con la planeación, la organización y la dirección y se enmarca en una tipología de controles preventivos, concomitantes y de resultados que aseguran el buen funcionamiento de las organizaciones públicas y la realización de sus objetivos¹.

En el segundo, el control administrativo hace parte del complejo sistema de controles (constitucional, convencional, judicial, político, social, fiscal, disciplinario, interno, jerárquico, de tutela, de gestión, etc..) establecido en el ordenamiento jurídico para asegurar la realización de los fines del Estado, así como el cabal cumplimiento de las funciones públicas y en particular de la función administrativa.

* Ex Vicepresidente del Consejo de Estado de Colombia. Profesor de Carrera Académica de la Universidad del Rosario de Bogotá.

1 Ver desde una perspectiva pluridisciplinaria Jacques Chevalier Science Administrative Puf. Paris, 2016.

Es desde esta segunda perspectiva que en este escrito pretende abordarse el control administrativo de la actividad de la administración, para aludir a sus fundamentos jurídicos, escenarios principales y retos actuales en el caso colombiano.

Ahora bien, la expresión “control administrativo” ha de entenderse que se refiere al subgénero de controles de naturaleza administrativa, -para diferenciarlo concretamente de los controles de carácter judicial, político o social, por ejemplo, y no solamente al “control administrativo” atribuido al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa², que es apenas uno de los controles de naturaleza administrativa que se ejercen sobre la actividad de la administración³ y a los que la propia Constitución y la ley aluden en Colombia.

En esa línea, en una primera parte se hará el inventario de las disposiciones constitucionales y legales que orientan el control de la actividad de la administración, buscando identificar en particular los principales escenarios en los que controles de naturaleza administrativa tienen cabida en nuestro ordenamiento; para en una segunda parte, abordar los retos a los que actualmente se enfrentan dichos controles, derivados de la multiplicación, los entrecruces y eventuales contradicciones entre los diferentes tipos de control y de las dificultades que encuentran en su ejercicio los responsables de los mismos para asegurar el fin último que

2 “Control administrativo” regulado en el Título XV (arts 103 a 109) de la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

3 Administración entendida en el sentido que trae la ley 489 de 1998 en su artículo 39 sobre “INTEGRACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA”. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley.

les asiste, cual es el mejoramiento del ejercicio de las funciones publicas y la realización de los fines del Estado (art. 2 C.P.)⁴.

1 Fundamento y Escenarios del Control Administrativo de la Actividad de la Administración en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

Es directamente la Constitución la que brinda el marco en el que es posible encontrar enunciados los diferentes tipos de control existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, y dentro de ellos el fundamento y los escenarios posibles del control administrativo de la actividad de la administración en el sentido a que hemos aludido.

Así, de acuerdo con el artículo 113 de la Constitución colombiana, además de los órganos que integran las ramas del poder público, legislativa, ejecutiva, y judicial, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Dentro de estas, la Constitución enuncia en particular la función de control (Título X Capítulos 1 y 2), y al respecto señala expresamente que “El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control” (Artículo 117 C.P.).

El primero lo integran la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo y al mismo corresponde esencialmente la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. (Artículo 118 C.P.).

Procuraduría Defensor⁵ tienen asignadas funciones que desbordan el control de la actividad administrativa, pero que inciden necesariamente

4 C.P. Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

5 C.P. Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado
2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
3. Invocar el derecho de hábeas corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.
4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.

en él, más allá de la tarea asignada concretamente al Procurador⁶ de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas (num 5 y 6 art. 277 C.P.)⁷.

En cuanto a la Contraloría General de la República, la Constitución señala que esta tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración. (Artículo 119 C.P.)

El artículo 267 superior precisa que el control fiscal que ejerce la Contraloría es una función pública destinada a vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá, dice la misma norma, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. La cual podrá autorizar que, en casos especiales, la

5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.

6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.

8. Las demás que determine la ley.

6 C.P. Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

7 C.P. Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.

3. Defender los intereses de la sociedad.

4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.

9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.

10. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye, de acuerdo con el mismo precepto, el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

De acuerdo con el artículo 268 de la Constitución, corresponde al Contralor General de la República i) Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse; ii) Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado; iii) Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales; iv) Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación; v) Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma; vi) Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado; vii) Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente; viii) Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios; ix) Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General; x) Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho; xi) Presentar informes al

Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley; xii) Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; xiii) Las demás que señale la ley.

La naturaleza administrativa del control ejercido tanto por el Ministerio Público, como por la Contraloría General de la República, más allá de algunas episódicas propuestas⁸, no tiene discusión en Colombia, pues es claro que sus actos, si bien se enuncian como el ejercicio de una función especial en el Estado, -la función de control-, no dejan de ser administrativos y por ende pueden ser objeto de control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, la Constitución no se limitó a enunciar el caso del Ministerio Público y de la Contraloría General en materia de formas de control. Así, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 150 numeral 8 superior, corresponde al Congreso expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución⁹. Funciones de naturaleza especial¹⁰ para las cuales el ordenamiento jurídico colombiano prevé básicamente la figura de las superintendencias¹¹ encargadas esencialmente del control de actividades de los particulares, pero también en ocasiones de “actividades de la administración” que interesan el presente estudio.

8 Algunas voces han propuesto sin éxito eliminar el control judicial de estos actos. Iniciativa que en nuestro criterio de ser acogida afectaría los derechos y garantías que hoy ofrece el ordenamiento jurídico a quienes son objeto de estas decisiones. El modelo existente en efecto ha corregido y de alguna manera prevenido desviaciones o errores posibles en su aplicación. Ver, entre muchos ejemplos, las sentencias de Sala Plena del Consejo de Estado quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) y de veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), o de la sección segunda del veintiseis (26) de marzo de dos mil catorce (2014).

9 Así el artículo 189 constitucional señala que corresponde al Presidente de la República “Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley” (núm. 21); “Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos” (núm. 22); Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles (núm. 24); Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores. (núm. 26).

10 Sobre la naturaleza y alcance de las potestades de inspección y vigilancia, ver, Alvaro Tafur Galvis. Estudios de Derecho Público Editorial Ibañez Bogotá 2017.

11 Superintendencia de Industria y Comercio; Superintendencia de la Economía Solidaria; Superintendencia de Notariado y Registro; Superintendencia de Puertos y Transporte ; Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; Superintendencia de Sociedades; Superintendencia de Subsídios Familiares; Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada; Superintendencia Financiera de Colombia; Superintendencia Nacional de Salud

Así por ejemplo, el artículo 370 superior precisa que:

“Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.

Disposición a concordar con el artículo 365 que señala que “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”, que “Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” y que dichos servicios “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” y que “En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”. Cuando se trate de empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, claramente nos encontraremos en la hipótesis de un control de naturaleza administrativa sobre una actividad de la administración, de la que hacen parte dichas empresas oficiales de servicios públicos¹².

Ahora bien, aludiendo específicamente a la función administrativa, la Constitución señala en el artículo 209¹³, que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. Al tiempo que en el artículo 269 estableció de manera general que en las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

Además de este control interno, es pertinente recordar que de acuerdo con el artículo 343 de la Constitución:

12 En efecto el literal d) del artículo 38 de la ley 489 de 1998 incluye las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios dentro del listado de organismos y entidades que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

13 C.P. Artículo 209. 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, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

“la entidad nacional de planeación que señale la ley, tendrá a su cargo el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la administración pública, tanto en lo relacionado con políticas como con proyectos de inversión, en las condiciones que ella determine”¹⁴.

Igualmente cabe señalar que en la Constitución también se enuncia en el párrafo 3° del artículo 361 -introducido por el Acto Legislativo 05 de 2011-, el “Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías”, cuyo objeto es “velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías, fortaleciendo la transparencia, la participación ciudadana y el Buen Gobierno” y encarga a la ley de definir su funcionamiento y el procedimiento para la imposición de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del Sistema General de Regalías¹⁵.

Ahora bien, además de los preceptos constitucionales que se han recordado, en tanto aluden a tipos de control de naturaleza administrativa de la actividad de la administración, resulta pertinente señalar que el Legislador por su parte ha precisado que los principios constitucionales de la función administrativa (art. 209 C.P.), atrás citados, deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular. (art. 3 de Ley 489 de 1993).

En la misma ley 489 se señala en el artículo 41 que:

“la orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades

14 En la misma línea, el artículo 344 constitucional señala que “Los organismos departamentales de planeación harán la evaluación de gestión y resultados sobre los planes y programas de desarrollo e inversión de los departamentos y municipios, y participarán en la preparación de los presupuestos de estos últimos en los términos que señale la ley”.
“En todo caso el organismo nacional de planeación, de manera selectiva, podrá ejercer dicha evaluación sobre cualquier entidad territorial”.

15 Dentro de estas medidas podrán aplicarse a los Departamentos, Municipios y/o Distritos y demás ejecutores la suspensión de giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos.

descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo”.

El legislador en la norma citada, en su capítulo XV sobre control administrativo, que la doctrina trabaja esencialmente con las categorías de controles jeraquicos y de tutela¹⁶, señala que el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa y los ministros y directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública. (artículo 103). Igualmente que el control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la función administrativa y de conformidad con los planes y programas adoptados. (artículo 104). Así mismo que el control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades, con excepción del presupuesto anual, que debe someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la ley orgánica de presupuesto. (artículo 105). A su vez el control administrativo de las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta se cumplirá en los términos de los correspondientes convenios, planes o programas que deberán celebrarse periódicamente con la nación, a través del respectivo ministerio o departamento administrativo (artículo 106).

Sobre este punto finalmente la misma Ley 489 de 1998 establece que las entidades territoriales podrán condicionar la utilización y ejecución de recursos de sus respectivos presupuestos por parte de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta, cuya situación financiera, de conformidad con la correspondiente evaluación por parte de los órganos de control interno, no permita cumplir de manera eficiente y eficaz su objeto propio. Tales condicionamientos se plasmarán en un convenio de desempeño en el cual se determinarán objetivos,

16 Ver Álvaro Tafur Galvis Estudios de Derecho Público. Editorial Ibañez. Bogotá 2017. Así mismo Libardo Rodríguez R. Derecho Administrativo general y colombiano. Vigésima edición Temis. Bogotá 2017. Igualmente Jaime Orlando Santofimio Gambo. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2017.

programas de acción en los aspectos de organización y funcionamiento y técnicos para asegurar el restablecimiento de las condiciones para el buen desempeño de la entidad, en función de los objetivos y funciones señalados por el acto de creación. (artículo 108).

A propósito del control interno a que se alude, debe recordarse que esta materia fue regulada por la Ley 87 de 1993:

“por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado”, que definió dicho control como “el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos”.

La referida ley precisó que el diseño y el desarrollo del Sistema de Control Interno, predicable del conjunto de entidades del Estado¹⁷ y que tiene un sistema especial de designación en la rama ejecutiva¹⁸, se orientará al logro de los siguientes objetivos fundamentales: a) Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten; b) Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional; c) Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos

17 ARTICULO 5° Campo de aplicación. La presente Ley se aplicarán todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado, en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal.

18 ARTICULO 11. Designación del Jefe de la Unidad u Oficina de Coordinación del Control Interno. Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción. Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

Parágrafo 1°. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

Parágrafo 2°. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.

de la entidad; d) Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional; e) Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros. f) Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos; g) Garantizar que el Sistema de Control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación; h) Velar porque la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características.

Igualmente la norma citada señaló que toda entidad bajo la responsabilidad de sus directivos debe por lo menos implementar los siguientes aspectos que deben orientar la aplicación del control interno: a) Establecimiento de objetivos y metas tanto generales como específicas, así como la formulación de los planes operativos que sean necesarios; b) Definición de políticas como guías de acción y procedimientos para la ejecución de los procesos; c) Adopción de un sistema de organización adecuado para ejecutar los planes; d) Delimitación precisa de la autoridad y los niveles de responsabilidad; e) Adopción de normas para la protección y utilización racional de los recursos; f) Dirección y administración del personal conforme a un sistema de méritos y sanciones; g) Aplicación de las recomendaciones resultantes de las evaluaciones del control interno; h) Establecimiento de mecanismos que faciliten el control ciudadano a la gestión de las entidades; i) Establecimiento de sistemas modernos de información que faciliten la gestión y el control; j) Organización de métodos confiables para la evaluación de la gestión; k) Establecimiento de programas de inducción, capacitación y actualización de directivos y demás personal de la entidad; l) Simplificación y actualización de normas y procedimientos.

La referida ley señaló que como parte de la aplicación de un apropiado sistema de control interno el representante legal en cada organización deberá velar por el establecimiento formal de un sistema de evaluación y control de gestión, según las características propias de la entidad y de acuerdo con lo establecido en el artículo 343 de la Constitución Nacional y demás disposiciones legales vigentes.

A ello debe sumarse que la Ley 489 de 1998 además de regular un sistema de control interno como desarrollo de la Ley 87 de 1993¹⁹, introdujo el:

“sistema de desarrollo administrativo” entendido como el conjunto de políticas, estrategias, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la gestión y manejo de los recursos humanos, técnicos, materiales, físicos, y financieros de las entidades de la administración pública, orientado a fortalecer la capacidad administrativa y el desempeño institucional, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el gobierno nacional”.

Y por si hiciera falta, la Ley 872 de 2003 creó el “Sistema de Gestión de la calidad de las entidades del Estado”, como una “herramienta de gestión sistemática y transparente que permita dirigir y evaluar el desempeño institucional, en términos de calidad y satisfacción social en la prestación de los servicios a cargo de las entidades y agentes obligados, la cual estará enmarcada en los planes estratégicos y de desarrollo de tales entidades”. Según dicha norma el sistema de gestión de la calidad adoptaría en cada entidad un enfoque basado en los procesos que se surten al interior de ella y en las expectativas de los usuarios, destinatarios y beneficiarios de sus funciones asignadas por el ordenamiento jurídico vigente²⁰.

Ante esta multiplicidad de sistemas y su compleja interacción, la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, dentro del capítulo V. sobre buen gobierno, en su artículo 133, ordenó Integrar en un solo “Sistema de Gestión”, los Sistemas de Gestión de la Calidad de que trata la Ley 872 de 2003 y de Desarrollo Administrativo de que trata la Ley 489 de 1998. Así mismo señaló que el Sistema de Gestión deberá articularse con los Sistemas Nacional e Institucional de Control Interno consagrados en la Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998, de tal manera que permita el fortalecimiento de los mecanismos, métodos y procedimientos de control al interior de los organismos y entidades del Estado.

¹⁹ Ver artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998.

²⁰ Independientemente de la viabilidad jurídica para integrar los referidos sistemas, le correspondía a cada entidad determinar la dependencia encargada de coordinar la implementación y funcionamiento del sistema de gestión de la calidad, según las políticas generales que adoptara el gobierno, y sin que esto se pudiera traducir en la ampliación de la estructura, tal y como lo advirtió el legislador en el inciso final del artículo 6° de la citada ley 872.: Ver „ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1606, 18/11/2004, C.P. Gloria Duque Hernández.

Al Gobierno Nacional correspondía reglamentar la materia y establecer un modelo que desarrollara la integración y articulación de los anteriores sistemas, en el cual se debía determinar de manera clara el campo de aplicación de cada uno de ellos con criterios diferenciales en el territorio nacional.

Una vez se reglamentara y entrara en aplicación el nuevo Modelo de Gestión, los artículos 15 al 23 de la Ley 489 de 1998 y la Ley 872 de 2003 perderían vigencia. Lo que sucedió con la expedición del Decreto 1499 de 2017:

“Por medio del cual se modifica el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el Sistema de Gestión establecido en el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015”.

En dicho Decreto se reguló entonces el *Modelo Integrado de Planeación y Gestión MIPG* concebido como un:

“marco de referencia para dirigir, planear, ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión de las entidades y organismos públicos, con el fin de generar resultados que atiendan los planes de desarrollo y resuelvan las necesidades y problemas de los ciudadanos, con integridad y calidad en el servicio”.

Al referido Modelo Integrado de Planeación y Gestión, con un preciso ámbito de aplicación²¹, se le signaron como objetivos: 1. Fortalecer el liderazgo y el talento humano bajo los principios de integridad y legalidad, como motores de la generación de resultados de las entidades públicas; 2. Agilizar, simplificar y flexibilizar la operación de las entidades para la generación de bienes y servicios que resuelvan efectivamente las necesidades de los ciudadanos; 3. Desarrollar una cultura organizacional fundamentada en la información, el control y la evaluación, para la toma de decisiones y la mejora continua; 4. Facilitar y promover la

21 Artículo 2.2.22.3.4. *Ámbito de Aplicación*. El Modelo Integrado de Planeación y Gestión – MIPG se adoptará por los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial de la Rama Ejecutiva del Poder Público. En el caso de las entidades descentralizadas con capital público y privado, el Modelo aplicará en aquellas en que el Estado posea el 90% o más del capital social. Las entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial, de conformidad con lo señalado en el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, las Ramas Legislativa y Judicial, la Organización Electoral, los organismos de control y los institutos científicos y tecnológicos, aplicarán la política de control interno prevista en la Ley 87 de 1993; así mismo, les aplicarán las demás políticas de gestión y desempeño institucional en los términos y condiciones en la medida en que les sean aplicables de acuerdo con las normas que las regulan.

efectiva participación ciudadana en la planeación, gestión y evaluación de las entidades públicas; y 5. Promover la coordinación entre entidades públicas para mejorar su gestión y desempeño.

Dentro de esta relación de controles de naturaleza administrativa cabría incluir igualmente para el caso del régimen especial de la ciudad de Bogotá, la figura de la Veeduría Distrital “encargada de apoyar a los funcionarios responsables de lograr la vigencia de la moral pública en la gestión administrativa, así como a los funcionarios de control interno” según señala el artículo 118 del Decreto 1421 de 1993. Disposición que igualmente precisa que:

“Sin perjuicio de las funciones que la Constitución y las leyes asignan a otros organismos o entidades, la Veeduría verificará que se obedezcan y ejecuten las disposiciones vigentes, controlará que los funcionarios y trabajadores distritales cumplan debidamente sus deberes y pedirá a las autoridades competentes la adopción de las medidas necesarias para subsanar las irregularidades y deficiencias que encuentre”.

Funciones de la veeduría que deben examinarse en concordancia con las competencias de la Personería y de la Contraloría Distritales, de la Procuraduría General de la Nación en su función prevalente frente a los servidores públicos y de los responsables del control interno en cada entidad distrital, lo que por supuesto no ha dejado de plantear diversos debates sobre el alcance de las mismas²².

Hecho este inventario de los principales controles de naturaleza administrativa ejercidos, bien desde el exterior o al interior de la administración, en relación con su actividad, que, como se ha visto, son variados

22 A título de ejemplo los siguientes apartes de una sentencia de tutela que aborda el tema: „La Veeduría Distrital cumple una función de supervigilancia y control para asegurar el imperio de la legalidad objetiva, que los servidores públicos del distrito observen una conducta ajustada a cánones éticos y que desempeñen sus funciones en forma eficiente, pudiendo simplemente cuando detecten irregularidades pedir a las autoridades competentes la aplicación de los correctivos que sean necesarios, los cuales, entre otros, pueden consistir en solicitar el retiro del servicio de un funcionario o el trámite del correspondiente proceso disciplinario. No le corresponde al veedor imponer sanciones de tipo disciplinario. Las recomendaciones y solicitudes que hace la Veeduría, para que se retire del servicio o se investigue disciplinariamente a un funcionario, no constituyen el resultado o la conclusión de un proceso disciplinario, aun cuando aquéllas pueden dar lugar al ulterior trámite de un proceso disciplinario. Sin embargo, la decisión de adelantarle y su trámite son atribuciones que corresponden a los órganos a quienes se les ha asignado la respectiva competencia. Las actuaciones cumplidas por la Veeduría y las pruebas que hayan sido recopiladas, sin citación y audiencia de la persona que pueda resultar afectada con una posterior decisión disciplinaria de la administración distrital, son inoponibles a ésta por no haber sido contradichas. Por lo tanto, deben ser ratificadas dentro del correspondiente proceso disciplinario.” Corte Constitucional Sentencia T-713/99. 27/09/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

y complejos, pasan a examinarse los desafíos que los referidos controles enfrentan hoy en Colombia.

2 Los Retos Actuales del Control Administrativo de la Actividad de la Administración en Colombia

De la misma forma que se ha llegado a afirmar que la mejor manera de ejercer la función legislativa sería la de no expedir ninguna ley durante algunos años²³, algunas voces han considerado que resultaría más eficaz para el funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines, la eliminación de varios órganos y procedimientos de control para permitir la racionalización de dicha función. Y ello por ser preferible la concentración de la misma en algunos instrumentos esenciales, dotados de medios poderosos y sanciones ejemplarizantes, al mantenimiento de un sinnúmero de organismos, procedimientos, registros y verificaciones que no cumplen su objetivo, o incluso lo contradicen. Sin olvidar el tiempo y personal necesarios para atender los requerimientos, visitas, inspecciones, diligenciamiento de formularios y demás actuaciones que deben adelantarse en la interacción con los organismos de control.

El análisis costo beneficio haría preferible en este sentido una clara política de prevención y de promoción de una cultura de legalidad²⁴ y de buena administración²⁵, a la utilización reiterada y masiva de procedimientos y mecanismos de eficacia relativa.

Dentro de esta lógica por ejemplo, un antiguo Contralor General de la República²⁶ abogó por la eliminación de las contralorías departamentales y municipales, con el argumento de que el costo de su funcionamiento era, por mucho, superior al valor de los recursos que con su acción re-

23 Junto con los proyectos de depuración normativa actualmente en curso en el Congreso de la República, se han planteado propuestas de "abstinencia normativa". Ver William Zambrano Cetina Función consultiva y calidad de la legislación. En Sociedad Estado y Derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis Tomo I Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2014 pag 361 y ss. En similar sentido:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/05B16CBAC1692F74052580FE005F584B/\\$FILE/EL_ordenamiento_de_las_leyes.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/05B16CBAC1692F74052580FE005F584B/$FILE/EL_ordenamiento_de_las_leyes.pdf)

24 El Consejo de Estado de Colombia ha insistido, en relación con el control judicial, en la necesidad de incorporar la cultura de legalidad como uno de los ejes de la estrategia de prevención del contencioso en la administración pública, de eficacia de la actividad administrativa y de protección de los derechos de las personas que acuden ante el Estado. Al respecto ver <http://www.consejodeestado.gov.co/news/cultura-de-legalidad-y-seguridad-juridica-en-las-regiones/>

25 Sobre el concepto de buena administración su importancia e incidencia ver Jaime Rodríguez Arana Muñoz José Ignacio Hernández G. (Compiladores). Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica. Editorial Jurídica Venezolana. 2017.

26 Edgardo Maya Villazón, Contralor General de la República 2015-2019 expuso en múltiples escenarios esta idea que no contó, sin embargo, con el apoyo del Congreso de la República.

sultaban protegidos o recuperados por el Estado, aunado a reiteradas manifestaciones de corrupción en varias de ellas. Si bien se trataba obviamente de asignar a la Contraloría General de la República ese control, el planteamiento puso en evidencia las dificultades en este campo.

De otra parte de manera recurrente en medios periodísticos, se alude al “síndrome de la Procuraduría” que llevaría a la parálisis en la actuación de determinados servidores, o al “efecto Contraloría”, que llevaría a que se opte por abstenerse de aprobar gastos necesarios por temor a que sean glosados por este órgano; todo lo que conduciría a la adopción de decisiones irracionales desde una perspectiva de eficacia de la acción pública, o de la protección de los derechos de las personas.

Más allá de la validez o no de estos argumentos, que por supuesto no pueden conducir al desconocimiento de la importancia y necesidad de la labor de estos organismos, es claro que es oportuna una reflexión sobre los factores que pueden incidir en la eficacia de la función de control y en la búsqueda de formulas y mecanismos para asegurar su cabal ejercicio, dada su innegable trascendencia para la consecución de los fines del Estado.

Dentro de los referidos factores a analizar, es pertinente diferenciar aquellos que pueden afectar al conjunto de controles de naturaleza administrativa enunciados, frente a aquellos que tienen incidencia en particular en alguno de ellos.

Así, dentro de los factores de incidencia general cabe considerar en primer lugar la evidente multiplicación y superposición de controles, que en no pocas ocasiones plantea el riesgo de contradicción entre sus objetivos o por lo menos la dificultad para los servidores públicos de atender sus variadas finalidades en la toma de decisiones.

Multiplicación que no solo es predicable de los controles de naturaleza administrativa, -la alusión detallada en la primera parte de este escrito a los diversos “sistemas de control de gestión” es apenas un ejemplo-, sino también de los de naturaleza judicial, política o social, que pueden llegar a tener efectos en la “actividad de la administración”.

Basta recordar en materia judicial la formidable batería de acciones y medios de control jurisdiccional que existen en el ordenamiento jurídico colombiano llamados a tener incidencia en la actividad administrativa: Para comenzar Colombia cuenta con uno de los mas ricos sistemas de

control de constitucionalidad²⁷, enriquecido cada vez más con el control de convencionalidad²⁸, con las acciones de tutela -sobre la que se ahondará más adelante-, populares, de cumplimiento, aunadas al conjunto de medios de control enunciados en el Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 135 de la Ley 1437 de 2011), a lo que debe sumarse la recurrente intervención del juez penal, especialmente en ámbitos como el de la contratación pública, al punto que hoy podría hablarse de una especie de “control penal administrativo”²⁹.

En materia de control político resulta relevante recordar a título de ejemplo la incidencia a nivel local de nuevos mecanismos de “moción de censura”, que tanto para el caso de los departamentos como de municipios, se convierten en nuevos escenarios a atender por la administración.³⁰

27 Ver William Zambrano Cetina y Laura Ospina La Constitución de Cundinamarca de 1811 y el control de constitucionalidad en la perspectiva histórica. En: Instituciones judiciales y democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910. Varios Autores. William Zambrano Editor académico. Bogotá 2011 pags 295-334.

28 Ver Allan Brewer Carías. Jaime Orlando Santofimio. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia Bogotá 2013. Enrique Gil Botero. Control de convencionalidad en Colombia Una experiencia de diálogo judicial. Tirant lo Blanch 1. Edición 2019.

29 Ver Juan Caros Forero R. y Juanita M. Ospina. Aspectos penales de la contratación estatal. Editorial Universidad del Rosario- Ibañez 2017.

30 El Acto Legislativo 01 de 2007, artículo 6°. Adiciónó al artículo 313 de la Constitución en relación con la competencia de los Concejos municipales con estos numerales:

“11. En las capitales de los departamentos y los municipios con población mayor de veinticinco mil habitantes, citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, este podrá proponer moción de censura. Los Secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión del concejo. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

Los concejos de los demás municipios, podrán citar y requerir a los Secretarios del Despacho del Alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, cualquiera de sus miembros podrá proponer moción de observaciones que no conlleva al retiro del funcionario correspondiente. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación”(…).

Similares regulaciones se establecen para el caso de las administraciones departamentales (*Acto Legislativo 01 de 2007, artículo 4°. Adiciónese al artículo 300 de la Constitución Política de Colombia...*).

Sin olvidar que igualmente en materia de control social, con sustento en los mandatos constitucionales³¹, recientes disposiciones han fortalecido sus modalidades³² y objetivos³³.

Así, cabe destacar en este ámbito que la Ley estatutaria 1757 de 2015 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática” consagra todo un título a la rendición de cuentas, la cual define como “(e)l proceso conformado por un conjunto de normas, procedimientos, metodologías, estructuras, prácticas y resultados mediante los cuales, las entidades de la administración pública del nivel nacional y territorial y los servidores públicos informan, explican y dan a conocer los resultados de su gestión a los ciudadanos, la sociedad civil, otras entidades públicas y a los organismos de control, a partir de la promoción del diálogo”, al tiempo que precisa que “La rendición de cuentas es una expresión de control social que comprende acciones de petición de información y explicaciones, así como la evaluación de la gestión. Este proceso tiene como finalidad la búsqueda de la transparencia de la gestión de la administración pública y a partir de allí lograr la adopción de los principios de Buen Gobierno,

31 C.P. Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

32 Ley estatutaria 1757 de 2015 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”. Artículo 63. modalidades de control social. Se puede desarrollar el control social a través de veedurías ciudadanas, las Juntas de vigilancia, los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, las auditorías ciudadanas y las instancias de participación ciudadana, en los términos de las leyes que las regulan, y a través del ejercicio de los derechos constitucionales dirigidos a hacer control a la gestión pública y sus resultados. En materia de servicios públicos domiciliarios, el control social se sujetará a las normas especiales contenidas en la Ley 142 de 1994”.

33 Artículo 64. objetivos del control social. Son objetivos del control social de la gestión pública y sus resultados:

- a) Fortalecer la cultura de lo público en el ciudadano;
- b) Contribuir a mejorar la gestión pública desde el punto de vista de su eficiencia, su eficacia y su transparencia;
- c) Prevenir los riesgos y los hechos de corrupción en la gestión pública, en particular los relacionados con el manejo de los recursos públicos;
- d) Fortalecer la participación ciudadana para que esta contribuya a que las autoridades hagan un manejo transparente y eficiente de los asuntos públicos;
- e) Apoyar y complementar la labor de los organismos de control en la realización de sus funciones legales y constitucionales;
- f) Propender por el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función pública;
- g) Promover el liderazgo y la participación con miras a democratizar la gestión pública;
- h) Poner en evidencia las fallas en la gestión pública por parte de agentes estatales y no estatales, y formular propuestas para mejorarla;
- i) Contribuir a la garantía y al restablecimiento de los derechos sociales, económicos y culturales.

eficiencia, eficacia, transparencia y rendición de cuentas, en la cotidianidad del servidor público”.

La misma norma precisa que “Las autoridades de la administración pública nacional y territorial tienen la obligación de rendir cuentas ante la ciudadanía para informar y explicar la gestión realizada, los resultados de sus planes de acción y el avance en la garantía de derechos” igualmente que:

“Las entidades y organismos de la Administración Pública tendrán que rendir cuentas en forma permanente a la ciudadanía, en los términos y condiciones previstos en el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011³⁴, con la sola excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales”.

Son pues variadas y frondosas las normas que establecen obligaciones de todo tipo que inciden sobre la actividad administrativa y el cabal ejercicio de la función de control, pues estas a su vez generan asuntos a controlar por los controladores en una especie de espiral normativo inagotable.

Espiral que enlaza con un segundo factor general que incide en la eficacia de los controles objeto de examen en este escrito, cual es el

34 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Artículo 78. Democratización de la Administración Pública. Modifíquese el artículo 32 de la Ley 489 de 1998, que quedará así:

Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:

- a) Convocar a audiencias públicas;
- b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana;
- c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública;
- d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos;
- e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan;
- f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.

En todo caso, las entidades señaladas en este artículo tendrán que rendir cuentas de manera permanente a la ciudadanía, bajo los lineamientos de metodología y contenidos mínimos establecidos por el Gobierno Nacional, los cuales serán formulados por la Comisión Interinstitucional para la Implementación de la Política de rendición de cuentas creada por el CONPES 3654 de 2010.

volumen de asuntos que terminan siendo objeto de control, producto del desconocimiento sobre el alcance, finalidades e interpretación adecuada de las normas, incluidas las de control, fruto de las deficiencias en la formación y capacitación de los servidores públicos. Así, se ha puesto de presente particularmente el caso de las administraciones locales, y no solo en municipios pequeños, en los que se evidencia en muchas ocasiones el desconocimiento de normas elementales de presupuesto y gestión, lo que explica, más allá de los innegables entornos y sistemas de corrupción³⁵, el abultado número de investigaciones internas, disciplinarias, fiscales y penales que los comprometen³⁶.

Ahora bien, como tercer factor general cabría enunciar los efectos, frente a la eficacia de la acción administrativa y, de rebote, de la función de control, que genera la actitud de numerosos servidores públicos que prefieren abstenerse de actuar y de tomar decisiones, a pesar de su competencia claramente señaladas en las leyes, a la espera del visto bueno de la Procuraduría en el marco de sus competencias preventivas, o de los jueces de tutela³⁷.

Al respecto, intensos han sido los debates sobre la conveniencia o inconveniencia de que los jueces definan políticas públicas o terminen actuando como coadministradores³⁸, como intensos fueron los debates que en similar sentido llevaron a eliminar el control previo ejercido por la Contraloría General de la República al momento de la expedición de la Constitución de 1991. Control previo que la convertía en copartícipe de prácticamente todas las decisiones que implicaran gasto público y que exigía un ejército de auditores presentes en la totalidad de las entidades públicas³⁹.

35 El vergonzoso caso del plan de alimentación escolar PAE, que han puesto en evidencia las investigaciones de la Procuraduría General de la Nación en numerosos departamentos del país, son una muestra clara de verdaderos sistemas de corrupción a nivel local.

36 Ver a manera de ejemplo sobre el último año https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_ge/archivos/5//21_365%20D%C3%ADas%20PGN%20feb%2020%20low.pdf

37 De manera que termina la acción de tutela (art 86 C.P.), no solo convirtiéndose en el medio de control que absorbe los demás controles judiciales sino también determinando la acción de la administración. Ver al respecto Laura Ospina Mejía. Balance de la acción de tutela. En: Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Editorial Ibañez 2014 pag. 571 y ss.

38 Ver entre muchos otros textos William Zambrano Cetina La cooperación entre instituciones del Estado en las políticas de modernización. En: Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Editorial Ibañez 2014 pag. 555 y ss.

39 Semejante poder burocrático en un marco de relaciones de clientela, convirtió a esa institución en un actor clave de los engranajes de poder político con sus consecuentes riesgos y distorsiones, lo

En la actualidad este debate se ha reabierto por el nuevo Contralor General de la República, quien radicó un proyecto de acto legislativo que establece un sistema de control fiscal concomitante y preventivo, que permitiría a este organismo adelantar “actuaciones en tiempo real, recuperar el control de advertencia y alertar así oportunamente sobre riesgos o daños inminentes al patrimonio público”. Proyecto que propone además asignar “funciones jurisdiccionales a la Contraloría General de la República para la determinación de la responsabilidad fiscal y el fortalecimiento del proceso de cobro coactivo, determinando que los créditos derivados de la responsabilidad fiscal deben tener prelación frente a otros acreedores”⁴⁰.

Mas allá de las posibilidades reales que pueda llegar a tener este proyecto de ser aprobado y de su conveniencia o inconveniencia, es claro que su presentación evidencia la preocupación de sus autores por la eficacia de la función que cumple la Contraloría, convertida en su criterio en muchos casos en simple notaría de la pérdida de recursos públicos o de la infracción de la ley. Preocupación que en realidad se extiende al conjunto de controles existentes sobre la actividad administrativa y que debería motivar, más que nuevos cambios normativos, una transformación cultural dentro de la administración pública en la lógica que atrás se ha enunciado de interiorización de la cultura de legalidad y de buena administración.

Idéntico razonamiento cabe en materia del control interno de la administración y del “Modelo Integrado de Planeación y Gestión MIPG”, que luego de su elaborado proceso de concepción y puesta en marcha por el Departamento Administrativo de la Función Pública, requiere para su éxito de un sostenido esfuerzo y liderazgo en este mismo sentido de los gerentes públicos a la cabeza de todas las entidades de la Administración.

3 A Manera de Conclusión

Como se ha visto son importantes los retos que enfrenta actualmente Colombia para dar cabal cumplimiento al extenso y complejo esquema

que condujo a la reforma a fondo de la institución y a la eliminación del control preventivo en el texto de la Constitución de 1991.

40 Ver sobre los elementos centrales del proyecto:

https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/-/asset_publisher/9IOzepbPkrRW/content/con-el-nuevo-modelo-de-control-fiscal-que-propone-contralor-al-congreso-contraloria-llegara-a-tiempo-advertira-riesgos-aplicara-tecnologia-de-avanzada/pop_up?_101_INSTANCE_9IOzepbPkrRW_viewMode=print

normativo que consagra las diversas formas de control de naturaleza administrativa ejercidas sobre la actividad de la administración y para asegurar sus fines. El caso de Colombia empero refleja igualmente importantes avances en la consolidación de sistemas de control de gestión y de resultados, de transparencia y de rendición de cuentas que nos permiten tener un cierto optimismo⁴¹, que presupone en todo caso un cambio de mentalidad sobre el sentido y posibilidades reales de incidencia de dichos controles en el día a día de las administraciones.

Bibliografía

- Jacques Chevalier Science Administrative Puf. Paris, 2016.
- Germán Bula E., Álvaro Namén V., William Zambrano C. (Editores Académicos) Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Editorial Ibañez 2014.
- Juan Carlos Forero R. y Juanita M. Ospina. Aspectos penales de la contratación estatal. Editorial Universidad del Rosario- Ibañez 2017.
- Miguel Alejandro Malagón-Pinzón. El control de la administración pública en Colombia durante el siglo XIX y comienzos del XX Estudios Socio-Jurídicos Vol. 9, Núm. 1 (2007).
- Kevin Casas Zamora y Miguel Carter. Más allá de los escándalos El cambiante contexto de la corrupción en América Latina. Dialogo Interamericano 2017 <https://www.slideshare.net/FUSADESORG/ms-all-de-los-escdolos-el-cambiante-contexto-de-la-corrupcin-en-amrica-latina>
- Libardo Rodríguez R. Derecho Administrativo general y colombiano. Vigésima edición Temis. Bogotá 2017.
- Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2017.
- Álvaro Tafur Galvis Estudios de Derecho Público. Editorial Ibañez. Bogotá 2017.
- Diego Younes Moreno Derecho Administrativo laboral. 13. Ed. Themis. Bogotá. 2018.
- Varios Autores. William Zambrano Cetina (Editor académico). Instituciones judiciales y democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario

41 Ver en esta perspectiva Kevin Casas Zamora y Miguel Carter. Más allá de los escándalos El cambiante contexto de la corrupción en América Latina. Dialogo Interamericano 2017 <https://www.slideshare.net/FUSADESORG/ms-all-de-los-escdolos-el-cambiante-contexto-de-la-corrupcin-en-amrica-latina>

de la independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910. Bogotá 2011.

Constitución Política de Colombia.

Ley Estatutaria 1757 de 2015 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”

Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo”.

Ley 1753 de 2015, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”.

Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Ley 872 de 2003 “por la cual se crea el Sistema de Gestión de la calidad de las entidades del Estado”.

Ley 87 de 1993 “por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado”.

Decreto 1499 de 2017 “Por medio del cual se modifica el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el Sistema de Gestión establecido en el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015.

Parte III

Tipos de Control Administrativo I

(De Juridicidad y de Mérito, De los Actos y de los Contratos, De las Conductas Funcionales)

O Tribunal de Contas e a Contratação Pública em Portugal

Mário Aroso de Almeida*

1 Enquadramento: Funções do Tribunal de Contas e Entidades Submetidas ao seu Controlo

Nos termos do artigo 214^o da CRP¹, o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe dar parecer sobre a Conta Geral do Estado e sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, efetivar a responsabilidade por infrações financeiras e exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei. E são numerosas as demais competências que a lei lhe atribui.

Com efeito, a organização e funcionamento do Tribunal de Contas é regulada pela LOPTC². Ora, estabelece o artigo 5^o desta Lei que, para além daquelas que diretamente resultam do referido artigo 214^o da CRP, compete ao Tribunal de Contas fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades públicas, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou, verificar

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. Profesor Visitante en la Facultad de Derecho de la Nueva Universidad de Lisboa. Miembro del Comité de Expertos en Derecho Administrativo del Consejo de Europa.

1 CRP = Constituição da República Portuguesa de 1976.

2 LOPTC = Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n^o 98/97, de 26 de agosto).

as contas dos organismos, serviços ou entidades sujeitos à sua prestação, apreciar a legalidade, bem como a economia, eficácia e eficiência, segundo critérios técnicos, da gestão financeira das entidades públicas, incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno, realizar por iniciativa própria, ou a solicitação do Parlamento ou do Governo, auditorias às entidades públicas e fiscalizar, no âmbito nacional, a cobrança dos recursos próprios e a aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia, de acordo com o direito aplicável, podendo, neste domínio, atuar em cooperação com os órgãos comunitários competentes.

Resulta, pois, da CRP e da LOPTC que o Tribunal de Contas português, sendo embora instituído pela CRP como um Tribunal, não exerce apenas, nem principalmente, funções de natureza jurisdicional, mas concilia a sua natureza de Tribunal com a de órgão de Auditoria Geral, com funções de relevância crescente de auditoria de gestão³.

Cumprido, aliás, recordar que, por influência anglo-saxónica, se assistiu, ao longo do século XX, a uma evolução no sentido da substituição do tradicional modelo europeu continental dos Tribunais de Contas, (também) dotados de poderes jurisdicionais, por órgãos de auditoria geral, investidos de funções de auditoria de gestão, e, nos casos em que não se procedeu a essa substituição, houve, em todo o caso, uma significativa redução das funções de controlo de legalidade dos Tribunais de Contas em favor do forte incremento das funções de auditoria de gestão. É este último o caminho que tem sido seguido em Portugal desde os anos oitenta do século passado⁴.

Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da LOPTC, estão, desde logo, sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, o Estado e seus serviços, as regiões autónomas e seus serviços, as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas, os institutos públicos e as instituições de segurança social.

Mas não são apenas o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público que estão submetidos a essa jurisdição e controlo, mas também,

3 Cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 460-461; Guilherme d' Oliveira Martins, "O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública", in *Revista de contratos públicos* n.º 1, pp. 11-12.

4 Para o enquadramento do caso português na evolução de âmbito geral referida no texto, cfr., por todos, António de Sousa Franco, *O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional — Notas sobre a jurisdição financeira num Mundo em mudança*, Lisboa, 1993, pp. 29 segs..

nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, as associações públicas, as associações de entidades públicas ou associações de entidades públicas e privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão, as empresas públicas, as empresas municipais, intermunicipais e regionais, as empresas concessionárias da gestão de empresas públicas, de sociedades de capitais públicos ou de sociedades de economia mista controladas, as empresas concessionárias ou gestoras de serviços públicos e as empresas concessionárias de obras públicas, e as fundações de direito privado que recebam anualmente, com caráter de regularidade, fundos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais, relativamente à utilização desses fundos.

Este regime corresponde ao entendimento alargado do sector público que, por direta influência do Direito da União Europeia, se encontra consagrado no vigente ordenamento jurídico português. É assim que a Lei do Sector Empresarial do Estado qualifica como empresas públicas, para o efeito de as submeter a todo um conjunto de regras de Direito público, não só as entidades públicas empresariais, que têm o estatuto de pessoas coletivas de direito público, mas também as organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial, de capital total ou maioritariamente público ou nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante.

Estão, entretanto, ainda sujeitas à jurisdição e ao controlo financeiro do Tribunal de Contas, nos termos do n.º 3 do referido artigo 2.º, as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos.

Este preceito adota um critério funcional de qualificação, próximo daquele que é adotado pelo Direito da União Europeia para o efeito da submissão da celebração de contratos às regras de contratação pública impostas pelas Diretivas da União sobre a matéria, que, no ordenamento jurídico português, se encontram transpostas no CCP⁵ e cujo âmbito

5 CCP = Código dos Contratos Público: cfr. Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que reviu e republicou o Código.

subjetivo de aplicação abrange, não só as pessoas coletivas de direito público, mas também os organismos de direito público, considerando-se como tais quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada, tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial — entendendo-se como tais as entidades cuja atividade económica se não submeta à lógica concorrencial de mercado, designadamente por não terem fins lucrativos ou por não assumirem os prejuízos resultantes da sua atividade (cfr. artigo 2.º, n.º 2, do CCP) —, e que sejam maioritariamente financiadas por pessoas coletivas de direito público ou por outros organismos de direito público, que tenham a sua gestão sujeita a controlo por parte dessas entidades ou que tenham órgãos de administração, direção ou fiscalização cujos membros tenham, em mais de metade do seu número, sido designados por essas entidades.

2 Papel do Tribunal de Contas na Contratação Pública em Portugal

O Tribunal de Contas exerce um conjunto de funções específicas que (também) incidem diretamente sobre certos tipos de contratos celebrados pelas entidades submetidas ao controlo do Tribunal. Mas também o exercício das funções de âmbito geral tem projeções relevantes no domínio da contratação pública.

Como, na verdade, assinala *José Tavares*, “o Tribunal [de Contas] é um observatório privilegiado da contratação pública e da atividade de gestão pública em geral”⁶. E isso sucede porque, como já foi referido, desempenha, hoje, uma importante função de auditoria, que tende a ser predominante no conjunto da sua atividade, sobre a organização, funcionamento e gestão administrativa e financeira das entidades submetidas ao seu controlo, elaborando relatórios nos quais se pronuncia, segundo critérios económicos e de gestão, sobre a globalidade ou sobre aspetos parcelares da atuação financeira daquelas entidades e emite recomendações dirigidas a promover a correção de deficiências e irregularidades e a adoção de boas práticas⁷.

6 José Tavares, “O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas — Notas sobre a natureza, enquadramento e fiscalização dos contratos públicos”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coords.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2017, p. 145.

7 Cfr. Guilherme d’ Oliveira Martins, “O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública”, pp. 15-16.

Ora, no exercício dessa função, o Tribunal de Contas elabora pareceres e relatórios sobre atos jurídicos, operações, projetos e programas específicos⁸; tem, designadamente, elaborado relatórios da maior importância sobre a experiência da formação e execução de importantes contratos públicos, com relevo para parcerias público-privadas, celebradas em regime de *project finance*, de grande valor económico; e esses relatórios têm identificado graves falhas no planeamento e acompanhamento da execução dos contratos públicos e formulado recomendações que têm tido consequências na evolução do quadro normativo disciplinador da matéria.

Na recente revisão do CCP, várias inovações foram, com efeito, introduzidas em resultado de propostas do Tribunal de Contas, com destaque, pela sua maior relevância, para a exigência de fundamentação das decisões de contratar que dão início aos procedimentos de contratação e de uma avaliação custo-benefício, para os contratos de maior valor (cfr. artigo 36º do CCP), assim como para a introdução da figura do gestor do contrato, que deve ser designado pelo contraente público para acompanhar permanentemente a respetiva execução, com a incumbência, nos contratos de maior complexidade, de elaborar indicadores quantitativos e qualitativos que permitam medir os níveis de desempenho do contraente privado do contrato, e, em geral, de detetar desvios ou outras anomalias na execução financeira, técnica e material e propor medidas corretivas (cfr. artigo 290º-A do CCP)⁹.

É, por outro lado, reconhecido que a contratação pública constitui uma área de alto risco de corrupção¹⁰. Ora, a Lei nº 54/2008, de 4 de setembro, instituiu o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) para recolher informação e promover a adopção de boas práticas no domínio da prevenção da corrupção e infracções conexas. O CPC é uma entidade administrativa independente presidida pelo Presidente do Tribunal de Contas, funciona junto deste Tribunal e tem promovido várias iniciativas no sentido de promover a gestão de riscos neste domínio.

A mais importante dessas iniciativas concretizou-se no lançamento de um vasto programa de elaboração de planos de gestão de riscos de corrupção, que têm vindo a ser elaborados em todas as entidades do

8 Cfr. Sousa Franco, *O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional*, p. 25.

9 Sobre a influência do Tribunal de Contas na revisão de 2017 do CCP, cfr. José Tavares, "O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas", pp. 145 segs..

10 Cfr. José Tavares, "O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas", p. 141.

sector público administrativo e empresarial, tanto ao nível da Administração central, como regional e local. O próprio trabalho de elaboração destes planos em cada um dos serviços e instituições é muito útil, pois obriga cada uma dessas entidades a um esforço de introspecção, no sentido de identificar as práticas que podem ser fonte de problemas e de encontrar as soluções para as corrigir. Por outro lado, uma vez aprovados, estes planos têm de ser postos em prática, pelo que a respectiva aplicação deve ser objeto da elaboração de um relatório anual e fica submetida à fiscalização dos órgãos de inspeção do Estado e do Tribunal de Contas, aos quais compete verificar se os planos têm sido efetivamente executados.

Como exemplos de soluções que previnem a corrupção e têm vindo a ser introduzidas pelos referidos planos, podem indicar-se a introdução ou reforço de mecanismos de controlo interno (que impeçam que determinados trâmites sejam da responsabilidade de uma única pessoa), a segregação de funções (evitando a acumulação de diferentes funções numa mesma pessoa, com a inerente acumulação de responsabilidades) e a rotatividade das chefias (impedindo que as mesmas pessoas se perpetuem nos cargos, o que constitui um factor de acomodação potenciador do risco do surgimento de vícios).

Compete ainda ao CPC acompanhar a aplicação dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas adotadas pela Administração Pública e sector público empresarial para a prevenção da corrupção e avaliar a respetiva eficácia, e dar parecer sobre a elaboração ou aprovação de instrumentos normativos nesse domínio.

Ora, o CPC tem dedicado particular atenção à área da contratação pública, tendo formulado várias recomendações dirigidas a prevenir riscos nesse domínio. E algumas dessas recomendações, respeitantes à adoção de medidas preventivas de conflitos de interesses, também tiveram eco na revisão do CCP, que passou a qualificar como conflito de interesses “qualquer situação em que o dirigente ou o trabalhador de uma entidade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da entidade adjudicante, que participe na preparação e na condução do procedimento de formação de contrato público ou que possa influenciar os resultados do mesmo, tem direta ou indiretamente um interesse financeiro,

económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do referido procedimento”¹¹.

A LOPTC estabelece que o Tribunal de Contas procede a uma fiscalização prévia, concomitante e sucessiva da atividade financeira das entidades submetidas aos seus poderes de controlo.

A fiscalização prévia resulta da previsão legal da obrigatoriedade de certos tipos de atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas serem objeto de apreciação pelo Tribunal de Contas em momento prévio ao da sua execução. A lei institui, nesse contexto, o chamado *visto prévio* do Tribunal de Contas, condicionando a eficácia dos atos em causa à emissão desse visto.

A fiscalização concomitante concretiza-se, nos termos do artigo 49º da LOPTC, na realização de auditorias aos procedimentos e atos administrativos que impliquem despesas de pessoal e aos contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia por força da lei, bem como à execução de contratos visados, assim como na realização de auditorias à atividade financeira exercida antes do encerramento da respetiva gerência. E, se as referidas auditorias permitirem apurar a ilegalidade de procedimento pendente ou de ato ou contrato ainda não executado, estabelece o mesmo artigo que a entidade pública deve ser notificada para remeter o ato ou contrato à fiscalização prévia e não lhe dar execução antes do visto, sob pena de responsabilidade financeira, e que os relatórios de auditoria realizados podem ser também instrumentos de processo de verificação da respetiva conta ou servir de base a processo de efetivação de responsabilidades ou de aplicação de sanções.

A fiscalização sucessiva tem por objeto, nos termos do artigo 50º da LOPTC, verificar as contas das entidades submetidas a controlo, avaliar os respetivos sistemas de controlo interno, apreciar a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira e assegurar a fiscalização da comparticipação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia. Estabelece, entretanto, o mesmo artigo que, no âmbito da fiscalização sucessiva da dívida pública direta do Estado, o Tribunal de Contas verifica, designadamente, se foram observados os limites de endividamento e demais condições gerais estabelecidas pelo Parlamento em cada exercício

11 Sobre o acolhimento das recomendações do CPC na revisão de 2017 do CCP, cfr. José Tavares, “O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas”, pp. 140 segs..

orçamental e, por outro lado, que também estão sujeitos a fiscalização os empréstimos e as operações financeiras de gestão da dívida pública direta, bem como os respetivos encargos, provenientes, nomeadamente, de amortizações de capital ou de pagamentos de juros¹².

Também compete, entretanto, ao Tribunal de Contas o julgamento da responsabilidade financeira dos titulares de órgãos, funcionários e agentes, que compreende a obrigação de reintegração ou reposição de fundos públicos, nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos e de pagamentos indevidos, assim como a aplicação de multas pela prática de infrações financeiras ou de infrações conexas com a atividade do Tribunal.

Nesse contexto, a LOPTC estabelece, assim, com relevo para o objeto do presente estudo, que sempre que da violação de normas financeiras, incluindo no domínio da contratação pública, resultar para a entidade pública obrigação de indemnizar, o Tribunal pode condenar os responsáveis na reposição das quantias correspondentes (artigo 59º, nº 5) e que o Tribunal de Contas pode aplicar multas pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos e pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública (artigo 65º, alíneas h) e i))¹³.

3 Em Particular, a Fiscalização Prévia dos Contratos Públicos

Justifica-se, a nosso ver, dedicar particular atenção, na economia da presente exposição, à fiscalização prévia: pelo carácter mais incisivo da intervenção que envolve e porque diversas questões jurídicas têm sido objeto de discussão, na doutrina portuguesa, a seu respeito.

O visto prévio das despesas públicas tem, em Portugal, antecedentes históricos remotos. A submissão dos contratos públicos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas remonta ao ano de 1886: de início, com um âmbito mais limitado e, a partir de 1898, já com maior alcance. E, após o interregno determinado pelo período de instabilidade política que, durante os anos 10 e 20 do século XX, se sucedeu à instauração

12 Sobre a fiscalização sucessiva, cfr. José Tavares, "Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas", in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra, 2008, p. 980.

13 Sobre a aplicação dos regimes de responsabilidade financeira e de aplicação de multas em matéria respeitante a contratos públicos, cfr. José Tavares, "O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas", pp. 146-147.

da República, período durante o qual o Tribunal de Contas foi extinto e substituído por outros órgãos (primeiro, entre 1911 e 1919, pelo Conselho Superior de Administração Financeira do Estado e depois, entre 1919 e 1930, pelo Conselho Superior de Finanças), a fiscalização prévia dos contratos públicos consolidou-se definitivamente, com o regime autoritário do chamado Estado Novo, a partir do ano de 1930, em que o Tribunal de Contas foi reinstituído¹⁴.

Nos termos do artigo 46º da LOPTC, estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas todos os atos das entidades públicas de que resulte o aumento da dívida pública fundada, bem como os atos que modifiquem as condições gerais de empréstimos visados; os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa de valor igual ou superior àquele que, em cada ano, for fixado na lei do Orçamento (nos termos do artigo 48º da LOPTC) para as entidades públicas, as empresas públicas e as demais entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou (cfr. artigo 5º, nº 1, alínea c) da LOPTC); as minutas dos contratos de valor igual ou superior àquele que, em cada ano, for fixado na lei do Orçamento (nos termos do artigo 48º da LOPTC), cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração; os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras; e os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior àquele que, em cada ano, for fixado na lei do Orçamento (nos termos do artigo 48º da LOPTC).

É de referir que o valor que, desde há vários anos, tem sido, em cada ano, fixado na lei do Orçamento, nos termos do artigo 48º da LOPTC, é de 350 000 euros.

Estão, entretanto, isentos da submissão à fiscalização prévia, nos termos do artigo 47º da LOPTC, os atos e contratos praticados ou

¹⁴ Sobre a evolução sumariada no texto, cfr. Águedo de Oliveira, *A fiscalização financeira preventiva no direito português*, Lisboa, 1959, pp. 14-16, 32, 56 e 62.

celebrados pelas associações públicas e pelas empresas públicas, de valor inferior a 5 000 000 de euros, que não impliquem despesa para entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que os criou. E também estão isentos os atos do Governo e dos Governos Regionais da Madeira e dos Açores que não determinem encargos orçamentais ou de tesouraria e se relacionem exclusivamente com a tutela e gestão dessas entidades; os títulos definitivos dos contratos precedidos de minutas visadas; os contratos de arrendamento, bem como os de fornecimento de água, gás e eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica; os atos ou contratos que, no âmbito de empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões, os quais ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva; os contratos destinados a estabelecer condições de recuperação de créditos do Estado; e os contratos de aquisição dos serviços que, nos termos das Diretivas europeias, estão subtraídos à aplicação das regras da contratação pública, por serem celebrados com instituições sem fins lucrativos e terem por objeto serviços de saúde e de caráter social ou serviços de educação e formação profissional que confirmam certificação escolar ou certificação profissional.

Estão, assim, submetidos a fiscalização prévia uma parte significativa dos contratos que envolvem realização de despesa pública ou envolvem a assunção de responsabilidades financeiras por entidades públicas e equiparadas. Importa, entretanto, notar que a fiscalização prévia dos contratos públicos recai sobre o complexo das decisões envolvidas na celebração dos contratos¹⁵. A apreciação do Tribunal incide, pois, sobre a legalidade da decisão de celebrar aquele tipo de contrato e da decisão que determinou a escolha do tipo de procedimento a adotar para escolher a contraparte e os termos do contrato (realização ou não de concurso e que tipo de concurso), assim como das decisões que, no âmbito desse procedimento, conduziram à escolha da contraparte e à definição

15 Cfr. Águedo de Oliveira, *op. cit.*, pp. 67-68.

dos termos do contrato. Todo o procedimento de formação do contrato é, pois, fiscalizado¹⁶.

É imputada à fiscalização prévia uma função de controlo jurídico e contabilístico. O controlo jurídico reveste-se de certa amplitude, na medida em que, para a emissão do visto prévio, o Tribunal não se limita a verificar a legalidade financeira da realização da despesa envolvida (competência do órgão para autorizar a realização da despesa, legalidade da assunção do compromisso financeiro, cabimento em verba orçamental e outras regras financeiras), mas também procede a uma apreciação mais ampla de legalidade jurídico-administrativa, cujo conteúdo não se diferencia daquele a que, para outros efeitos, procedem os tribunais administrativos, quando são chamados a apreciar a legalidade de atos administrativos ou contratos.

Até 1997, a lei referia-se, genericamente, a este propósito, a uma verificação da conformidade com “as leis em vigor” e, hoje, o n.º 1 do artigo 44.º da LOPTC ainda estabelece que:

“a fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”. Mas o n.º 3 do mesmo artigo acrescenta, de modo mais preciso, que “constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras ou ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro”.

Não são, pois, todos os tipos de ilegalidades, ainda que de natureza formal ou procedimental, que podem determinar a recusa de visto, mas apenas as que determinem a nulidade dos atos ou contratos submetidos a visto ou aquelas que assumam ou possam assumir relevância, ainda que instrumental, para o efeito de determinar um incremento da despesa pública envolvida.

16 Cfr. José Tavares, “Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas”, p. 983, e “O Código dos Contratos Públicos e o Tribunal de Contas”, p. 145, e Guilherme d’Oliveira Martins, “O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública”, p. 13, onde se refere que, na apreciação dos contratos públicos, constituem pontos-chave da análise do Tribunal de Contas as razões subjacentes à decisão de contratar e à escolha do tipo de procedimento de contratação adotado, o programa do concurso, o caderno de encargos, a tramitação do procedimento e o modelo de avaliação das propostas.

A nulidade dos atos e contratos pode resultar da violação de qualquer norma de Direito Administrativo a que a lei associe essa forma de invalidade, pelo que, nesse plano, o controlo de legalidade administrativa envolvido é muito amplo. Mas, já no que diz respeito às violações de normas de Direito Administrativo cuja consequência seja apenas a anulabilidade — e cumpre recordar que o regime regra de invalidade dos atos administrativos ilegais é precisamente o da anulabilidade (cfr. artigo 163.º, n.º 1, do CPA¹⁷ —, só podem relevar, para efeito da recusa de visto, as eventuais ilegalidades cometidas durante o procedimento de formação dos contratos que sejam passíveis de se projetar na determinação do conteúdo dos mesmos, em termos de alterar o respetivo resultado financeiro.

Entre 1911 (Decreto de 11 de abril de 1911) e 1989 (Lei 86/89, de 8 de setembro), a lei previa a submissão dos contratos públicos, em sede de visto prévio, a uma apreciação de economia e eficiência sobre se as condições contratadas eram as mais vantajosas para o Estado. Durante todo esse período de tempo, a fiscalização prévia dos contratos públicos tinha, assim, pelo menos teoricamente, um alcance mais amplo do que aquela que incidia sobre as demais despesas públicas, não se restringindo ao plano jurídico e contabilístico, mas estendendo-se ao plano económico, do balanceamento dos custos e benefícios advenientes dos contratos submetidos a visto, de harmonia com uma regra de gestão cautelosa, produtiva e de mínimo custo¹⁸. Existia, assim, um visto de legalidade e um visto de economicidade, este último apenas no que diz respeito aos contratos públicos¹⁹.

Ao que parece, no entanto, esse controlo, na prática, nunca foi exercido, por se afastar dos critérios de índole eminentemente burocrática em que, na época, assentavam as operações a que o Tribunal de Contas procedia no âmbito do exercício do seu poder de concessão e recusa de visto²⁰.

Em todo o caso, hoje, a LOPTC não contém previsão de conteúdo equivalente, pelo que parece de entender que aquele controlo não se mantém. E, ao que parece, não se mantém, por ter sido reconhecido que esse controlo não era um controlo de legalidade, mas um controlo que

17 CPA = Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro).

18 Cfr., a propósito, Águedo de Oliveira, *op. cit.*, pp. 54-55 e 86.

19 Cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 1.ª ed., Coimbra, 1986, p. 413.

20 Cfr. Ernesto da Trindade Pereira, *O Tribunal de Contas*, Lisboa, 1962, p. 100.

se estendia ao mérito das decisões de contratar, que não se adequava àquela que se entendia dever ser a natureza dos juízos que o Tribunal de Contas devia ser chamado a formular no âmbito do visto prévio, mas devia ser relegado para o campo da auditoria a realizar no âmbito da fiscalização sucessiva²¹.

Em nossa opinião, daí não resulta, porém, que o Tribunal de Contas não esteja habilitado a formular juízos concretos de eficiência a propósito dos contratos públicos submetidos a fiscalização prévia. Não porque isso resulte diretamente da LOPTC, mas porque isso resulta do quadro normativo especificamente aplicável aos contratos públicos, com o qual cabe ao Tribunal de Contas verificar se cada contrato submetido ao visto prévio se conforma.

A nosso ver, há, assim, neste plano, que distinguir o regime da LOPTC do quadro normativo especificamente aplicável aos contratos públicos.

O artigo 1º da LOPTC estabelece, em termos gerais, que “o Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infrações financeiras”.

A nosso ver, resulta deste artigo que a intervenção do Tribunal de Contas se desdobra em três dimensões diferentes: a primeira dessas dimensões corresponde a um *controlo de legalidade*, que tem por objeto a verificação da conformidade da atividade financeira com os princípios, normas ou regras de legalidade e regularidade, incluindo regularidade contabilística, que a regem; a segunda dimensão corresponde a um *controlo técnico de economicidade, eficiência e eficácia*, que tem por objeto a verificação da realização dos objetivos e resultados esperados, segundo critérios de boa gestão; e a terceira dimensão corresponde a um *controlo sancionatório*, que tem por objeto a aplicação de sanções ou a efetivação de responsabilidades por dinheiros gastos de forma ilegal ou irregular, ou pela prática de outras infrações financeiras²².

Ora, em nossa opinião, cada uma destas três dimensões colocam-se em planos diferentes.

Assim, no que diz respeito à “boa gestão financeira”, o artigo 41º da LOPTC estabelece que o Tribunal de Contas pode pronunciar-se sobre a economia, a eficiência e a eficácia da gestão no relatório e parecer sobre

21 Cfr. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 1ª ed., pp. 413 e 416.

22 Cfr. António de Sousa Franco, “O controlo da Administração Pública em Portugal”, in *Revista do Tribunal de Contas* nº 19/20, pp. 126 e 127-128.

a Conta Geral do Estado; o artigo 50º enquadra a apreciação da economia, eficiência e eficácia da gestão financeira das entidades públicas no âmbito da fiscalização sucessiva; e as alíneas h) e i) do nº 3 do artigo 54º preveem que:

“o processo de verificação externa das contas conclui pela elaboração e aprovação de um relatório, do qual devem, designadamente, constar [...] a apreciação da economia, eficiência e eficácia da gestão financeira, se for caso disso; e as recomendações em ordem a serem supridas as deficiências da respetiva gestão financeira, bem como de organização e funcionamento dos serviços”.

E, em contrapartida, o artigo 44º da LOPTC não faz qualquer referência a este tipo de controlo quando regula a fiscalização prévia, limitando-se, como vimos, a estabelecer que:

“a fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”.

Ora, daí resulta que o poder do Tribunal de Contas de proceder à “apreciação da economia, eficiência e eficácia da gestão financeira” das entidades submetidas ao seu controlo inscreve-se no quadro da fiscalização sucessiva, de âmbito global, de que já falámos, que o Tribunal exerce através de auditorias e outras ações de controlo sobre a atividade financeira realizada pelas entidades públicas e sobre os respetivos sistemas de gestão e de controlo interno.

Por conseguinte, o controlo técnico de boa gestão a que fazem referência os artigos 41º, 50º e 54º da LOPTC, a respeito da fiscalização sucessiva das contas públicas, não é um controlo de legalidade.

Trata-se de um controlo que a lei pretende que obedeça a critérios técnicos, concretizados na aplicação de padrões objetivos, adequadamente configurados, nesse sentido se compreendendo o cuidado com que, na alínea f) do artigo 5º, a LOPTC se refere a uma apreciação da economia, eficácia e eficiência da gestão financeira “segundo critérios técnicos”. Neste sentido, *Sousa Franco* faz referência a uma “fiscalização técnico-jurisdicional» que envolve a aplicação de critérios objetivos de correção técnica definidos pelos saberes científicos e técnicos da gestão

financeira²³, sustentando que “não tem sentido a confusão entre critérios de auditoria económico-financeira e critérios políticos” porque:

“existe hoje um conhecimento suficiente dos critérios objetivos de apreciação da eficiência das atividades financeiras, da sua eficácia e da sua relação custo/benefício, para que a avaliação cometida a um órgão independente [...] não corra o risco de incorrer em juízos políticos de oportunidade ou conveniência, mas apenas em juízos subordinados de adequação técnica»²⁴.

Mas não é, claramente, um controlo de legalidade, nesse sentido apontando a circunstância de a mesma alínea f) se referir à “legalidade”, por um lado, e à “economia, eficácia e eficiência”, pelo outro, como padrões diferenciados de apreciação da gestão financeira das entidades submetidas ao Tribunal de Contas²⁵.

Como foi referido no enquadramento inicial, o Tribunal de Contas português, sendo embora instituído pela CRP como um verdadeiro Tribunal, não exerce apenas, nem principalmente, funções de natureza jurisdicional, mas concilia a sua natureza de Tribunal com a de órgão de Auditoria Geral, com funções de relevância crescente de auditoria de gestão. Ora, é nesse quadro que, a nosso ver, se inscrevem as previsões da LOPTC que, como vimos, incumbem o Tribunal de Contas de proceder a um controlo técnico de boa gestão²⁶.

Este tipo de controlo não tem, por isso, lugar no âmbito do exercício do poder de fiscalização prévia de legalidade, que, num outro plano da sua atuação, o Tribunal de Contas também é legalmente incumbido de exercer, em sede do visto prévio. É o que resulta do confronto da alínea c) do artigo 5º e do artigo 44º, referentes à fiscalização prévia a que o Tribunal de Contas procede de cada um dos atos e contratos submetidos a essa fiscalização, com a alínea f) do artigo 5º e os artigos 41º, 50º e 54º da LOPTC, respeitantes à fiscalização sucessiva das contas.

23 *O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional*, pp. 6 e 21.

24 *Cfr. Ibidem*, p. 59.

25 Nessa perspectiva, tratar-se-á, assim, com Sousa Franco, *O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional*, p. 14, de um controlo de mérito técnico.

26 *Cfr. Lia Olema Correia O dever de boa administração e a responsabilidade financeira*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, Coimbra, 2006, pp. 798-799, que, nesse plano, faz referência à avaliação de resultados (*performance-based accountability*) e do ambiente de gestão e controlo (*management control environment*). *Cfr. também Sousa Franco, O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional*, pp. 58 e 89, com referência aos conceitos de controlo de correção económico-financeira, de auditoria de resultados e de gestão, e de auditoria segundo critérios objetivos de boa gestão.

Porque uma coisa é a LOPTC prever, como vimos, que, no quadro da fiscalização sucessiva da atividade financeira das entidades submetidas ao seu controlo, o Tribunal de Contas exerça funções de *auditoria operacional*²⁷, que envolvem a apreciação da economia, eficiência e eficácia da gestão financeira realizada e a emissão de recomendações dirigidas ao suprimento das deficiências detetadas, e outra é o controlo de legalidade que o Tribunal exerce em sede de fiscalização prévia.

Resulta, pois, da LOPTC que a fiscalização prévia, a cargo do Tribunal de Contas, tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos submetidos ao visto prévio estão em conformidade com a legalidade administrativa e financeira.

Tradicionalmente, era adotado, para este efeito, um entendimento restrito de legalidade, que o circunscrevia à observância das prescrições objetivamente impostas pelas regras. A verdade, porém, é que o próprio legislador é, nos nossos dias, mais exigente, no domínio da realização das despesas públicas, do que foi no passado, consagrando normas que, impondo a observância de critérios de racionalidade e eficiência, conferem relevância jurídica a parâmetros de conteúdo não jurídico cujo relevo era, noutros tempos, remetido para o campo dos deveres de boa administração, que apenas se impunham à Administração no plano do mérito, conveniência ou oportunidade da sua atuação²⁸.

É assim que o CPA consagra, hoje, no artigo 5º, um princípio de boa administração, que impõe, em termos gerais, que a Administração pautе a sua conduta por critérios de economia, celeridade e eficiência. E, por outro lado, que o próprio quadro normativo aplicável aos contratos públicos incorpora critérios de economia, eficácia e eficiência nos parâmetros de legalidade a observar pelas entidades públicas²⁹, designadamente impondo-lhes o dever de observarem esses critérios nas opções que lhes cumpre fazer no âmbito dos procedimentos de contratação, a começar pela decisão de iniciativa, que identifica a necessidade da celebração do contrato e, no plano contabilístico, autoriza a realização da correspondente despesa.

27 Cfr. Sousa Franco, *O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional*, p. 30.

28 Cfr., por todos, Rogério Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, pp. 259-260.

29 Cfr. Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, Coimbra, 2014, pp. 221-222; Sérgio Gonçalves do Cabo, *A fiscalização financeira do sector empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou instituições equivalentes*, Lisboa, 1993, pp. 101-102.

Ora, neste contexto, coloca-se hoje, no ordenamento jurídico português, a questão de saber se o controlo de legalidade a que os tribunais administrativos procedem das decisões administrativas que perante eles são impugnadas e, em particular, o controlo de legalidade a que o Tribunal de Contas procede, em sede de fiscalização prévia, dos atos, contratos e demais instrumentos que são submetidos ao seu visto prévio, se deve estender à formulação de juízos sobre a economia, eficácia e eficiência das decisões.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas e a doutrina que lhe é mais próxima têm defendido que o moderno controlo da legalidade financeira não deve ser meramente formal ou burocrático, mas deve incidir sobre a legalidade substancial das decisões³⁰, que compreende a formulação dos juízos técnicos necessários para verificar a conformidade das atuações administrativas com os parâmetros de conteúdo não jurídico para os quais as normas remetem³¹.

Mas o problema reside na determinação dos limites do controlo, ou seja, dos limites da justiciabilidade dos deveres de boa administração. Porque, nesse plano, não se afigura aceitável o entendimento de que “más decisões”, contrárias às regras de boa gestão, são decisões ilegais, porque só é legal a melhor decisão administrativa, a decisão ótima³².

Não se questiona que, no plano da atuação administrativa, o princípio da boa administração exige que a Administração se pautar por critérios de eficiência, encontrando, em cada momento, a melhor solução, a solução ótima. Não parece, porém, que os tribunais possam proceder a um controlo pelo menos integral da eficiência das decisões da Administração, por não lhes ser possível refazer em toda a sua extensão as ponderações com base nas quais ela procedeu à fixação de critérios para a escolha entre diferentes alternativas, para o efeito de confirmar se a solução encontrada pela Administração foi a solução ótima.

Ao contrário do que, por exemplo, sucede com o princípio da proporcionalidade, o imperativo de eficiência não é, com efeito, uma norma

30 Guilherme d' Oliveira Martins, "O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública", p. 12; José Tavares, "Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas", in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 71, p. 41; Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, pp. 219-220; Sérgio Gonçalves do Cabo, *op. cit.*, pp. 89-90.

31 Nesse sentido, negando a autonomia do controlo segundo critérios de boa gestão relativamente à legalidade financeira, que, desse modo, configura como parte integrante do conceito de legalidade, quando leis concretas o determinem, cfr. Sousa Franco, "O controlo da Administração Pública em Portugal", p. 145, e *O presente e o futuro das instituições de controlo financeiro com natureza jurisdicional*, p. 59.

32 Cfr. Lia Olema Correia, "O dever de boa administração e a responsabilidade financeira", p. 796.

de ação construída a partir de uma técnica metódico-formal de controlo trabalhada pelos tribunais. Isso explica que ele não possui um sentido apenas negativo, como é próprio dos princípios gerais da atividade administrativa³³, mas encerra um imperativo de conteúdo positivo, que exige a adoção em cada caso da solução mais adequada de todas, a solução ótima. E também explica as dificuldades que coloca a sua utilização como parâmetro de controlo de legalidade.

Desde logo, as dificuldades que coloca a sua utilização como parâmetro de controlo de legalidade pelos tribunais administrativos, plano em que, para além de certos limites, a eficiência da atividade administrativa só parece poder ser submetida a um controlo jurisdicional mínimo de razoabilidade, que, sem exigir que se encontre a melhor solução possível, permita pelo menos censurar decisões manifestamente inaceitáveis, do ponto de vista da sua eficiência.

A razoabilidade é um padrão de atuação e de controlo da Administração que se concretiza na imposição de padrões mínimos de aceitabilidade aos juízos e decisões adotados pela Administração no exercício de poderes de valoração próprios. Mesmo nos casos em que a eficiência, em si, da atuação administrativa é insindicável, deve, pois, entender-se, à luz dos valores aceites pela consciência social da comunidade, que a Administração está sujeita a padrões mínimos de aceitabilidade, no plano da eficiência com que gere os recursos públicos, que habilitam os tribunais administrativos a proceder a um controlo mínimo de razoabilidade das decisões que ela tome nesse domínio, para o efeito de censurar os casos de ineficiência manifestamente inaceitáveis. Neste plano, dir-se-á, pois, que a eficiência *transitou em parte* do plano do mérito ou oportunidade, no qual se joga a descoberta que à Administração cumpre alcançar da solução ótima, para o plano da juridicidade da atuação administrativa, em que é, pelo menos, possível rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis, do ponto de vista da sua eficiência.

Como a fiscalização prévia realizada pelo Tribunal de Contas se concretiza num controlo de legalidade, pode ser sustentado que, na dimensão em que envolve a verificação da conformidade dos atos administrativos e contratos submetidos a fiscalização prévia com os princípios gerais da atividade administrativa consagrados no CPA, o Tribunal de Contas é chamado, nessa sede, a proceder a um controlo de legalidade

33 Cfr., por todos, Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997, pp. 207-208.

com o mesmo conteúdo daquele a que, para outros efeitos, procedem os tribunais administrativos, quando são chamados a apreciar a legalidade dos atos administrativos e contratos que perante eles são impugnados. E, por conseguinte, que o controlo de eficiência a que, também nesse plano, o Tribunal de Contas pode proceder é, na maioria dos casos, apenas um controlo de sentido negativo, regido por critérios de razoabilidade, que apenas permite a rejeição de soluções manifestamente desrazoáveis³⁴.

A nosso ver, afigura-se, no entanto, de admitir que, em sede de fiscalização prévia, não seja apenas reconhecido ao Tribunal de Contas o poder de proceder a este controlo mínimo, designadamente dos contratos públicos que a essa fiscalização estão sujeitos.

Com efeito, já atrás foi referido que o Tribunal de Contas, sendo instituído pela CRP como um verdadeiro Tribunal, não exerce apenas, nem principalmente, funções de natureza jurisdicional, mas concilia a sua natureza de Tribunal com a de órgão de Auditoria Geral, com funções de relevância crescente de auditoria de gestão. Ao contrário do que sucede com os tribunais administrativos, o Tribunal de Contas dispõe, por isso, de uma estrutura própria, dotada de recursos técnicos e humanos, que lhe permitem formular juízos técnicos de eficiência.

E também já foi referido que o Tribunal de Contas e a doutrina que lhe é mais próxima têm defendido que, para que o controlo da legalidade financeira não seja meramente formal ou burocrático, mas incida sobre a legalidade substancial das decisões, é necessário que ele se estenda à verificação da conformidade das atuações administrativas com os parâmetros de conteúdo não jurídico, de economia, eficácia e eficiência, para os quais as normas de legalidade financeira remetem³⁵.

Ora, a aceitar-se esta perspectiva, admitir-se-á que no controlo de legalidade financeira envolvido na fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas se possam conjugar elementos jurídicos e não jurídicos, para o efeito de permitir ao Tribunal ir mais longe na aplicação de critérios de eficiência definidos por saberes científicos e técnicos de natureza não jurídica do que sucede com os tribunais administrativos, quando sejam chamados a apreciar a legalidade de decisões administrativas do ponto de vista da sua eficiência.

34 Nesta linha, cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos contratos públicos*, vol. I, 3ª ed., Coimbra, 2018, p. 1006.

35 Cfr., agora por todos, Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, pp. 221-222, com outras referências.

Nos termos do n.º 1 do artigo 45.º da LOPTC, os atos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, exceto quanto aos pagamentos a que derem causa. Estabelecem, entretanto, os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo que a recusa do visto apenas implica a ineficácia jurídica dos atos e contratos em causa após a data da notificação da respetiva decisão aos serviços ou organismos interessados, pelo que os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto podem ser pagos após esta notificação, desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período.

O regime regra é, pois, o de que o visto prévio não é condição suspensiva da eficácia dos atos e contratos que a ele estão submetidos, nem sequer em relação aos seus efeitos financeiros. Na verdade, mesmo na ausência do visto prévio, os atos e contratos em causa podem ser executados e, portanto, pode ser realizada a despesa que eles implicam: é só a notificação da decisão de recusa do visto aos serviços ou organismos interessados que faz cessar os efeitos financeiros dos atos e contratos em causa, com o alcance de impedir que se proceda ao pagamento dos trabalhos que sejam realizados ou dos bens ou serviços que sejam adquiridos após a data da notificação da recusa do visto. O visto não deixa, por isso, de ser uma *conditio iuris*: por regra, trata-se, no entanto, de uma *condição resolutiva*, da qual depende a manutenção da eficácia dos atos e contratos sobre os quais incide³⁶. A notificação da decisão de recusa de visto não impede, no entanto, que ainda se proceda ao pagamento dos trabalhos realizados ou dos bens ou serviços adquiridos em data anterior à dessa notificação.

Dispõe, contudo, o n.º 4 do artigo 45.º da LOPTC que os atos, contratos e demais instrumentos cujo valor seja superior a 950 000 euros não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou declaração de conformidade, acrescentando, entretanto, o n.º 5 que este regime não é aplicável aos contratos celebrados sem concorrência por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, que não lhe sejam em caso algum imputáveis, e não

36 Cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas. Do visto em especial: Conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*, Coimbra, 1998, pp. 177 segs.; Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, pp. 370-371.

possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei.

No que diz respeito aos atos e contratos de valor superior a 950 000 euros, afigura-se, pois, que, diferentemente do que resulta do regime regra consagrado nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 45.º, o visto prévio é *condição suspensiva* da sua eficácia. Significa isto que, na ausência do visto prévio, esses atos e contratos não podem ser executados, nem, portanto, pode ser realizada a despesa que eles implicam, pelo que, se forem objeto de execução, essa execução será indevida, assim como é ilegal a despesa realizada. E se, em momento subsequente ao da execução indevida, vier a ser proferida decisão de recusa do visto, a notificação dessa decisão não tem o efeito, que só está previsto no n.º 2 para os efeitos do disposto no n.º 1, de permitir que se proceda ao pagamento dos trabalhos realizados ou dos bens ou serviços adquiridos até esse momento.

Mais do que isso: na ausência do visto prévio, parece que, no que diz respeito aos contratos abrangidos pelo regime especial do n.º 4 do artigo 45.º, tudo se deve passar como se o contrato não existisse, uma vez que o contrato, não sendo eficaz, não se encontra apto a constituir qualquer espécie de vínculo entre as partes — incluindo no que diga respeito a eventual cláusula compromissória, que contenha a previsão da constituição de tribunal arbitral para a resolução de qualquer litígio respeitante ao contrato, inclusivamente para a hipótese de recusa de visto pelo Tribunal de Contas, na medida em que, na ausência do visto prévio deste tribunal, também essa cláusula, integrando um contrato que é ineficaz, não produzirá qualquer efeito³⁷.

A LOPTC estabelece, entretanto, que:

“sempre que da análise do processo não resulte qualquer dúvida sobre a legalidade do ato ou contrato, designadamente pela sua identidade com outros já visados, quer quanto à situação de facto, quer quanto às normas aplicáveis, pode ser emitida declaração de conformidade pela Direção-Geral”

do Tribunal (artigo 83.º, n.º 1). E que, quando o fundamento de recusa do visto não consista, nem na nulidade do ato submetido a visto, nem na inexistência de cabimento para os encargos em verba orçamental

³⁷ Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 13 de janeiro de 2017, Proc. n.º 01096/16: cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 2018, p. 1011) e, a respeito da decisão, Pedro Matias Pereira in *Revista dos Contratos Públicos* n.º 16, pp. 191 segs..

própria ou violação direta de normas financeiras, mas apenas em ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades (artigo 44º, nº 4).

E o artigo 85º, que tem por epígrafe “Visto tácito”, estabelece, no nº 1, que “os atos, contratos e demais instrumentos jurídicos remetidos ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia consideram-se visados ou declarados conformes se não tiver havido decisão de recusa de visto no prazo de 30 dias após a data do seu registo de entrada, podendo os serviços ou organismos iniciar a execução dos atos ou contratos se, decorridos cinco dias úteis sobre o termo daquele prazo, não tiverem recebido” a comunicação da decisão de recusa de visto, acrescentando o nº 3 que:

“o prazo do visto tácito corre durante as férias judiciais, mas não inclui sábados, domingos ou dias feriados, e suspende-se na data do ofício que solicite quaisquer elementos ou diligências instrutórias até à data do registo da entrada no Tribunal do ofício com a satisfação desse pedido».

Tem sido discutida na doutrina portuguesa a natureza das decisões do Tribunal de Contas de concessão ou recusa do visto, no âmbito da fiscalização prévia de atos, contratos e outros instrumentos a ele submetidos. Com efeito, a circunstância de o Tribunal de Contas ser instituído pela CRP como um verdadeiro Tribunal não implica que todos os poderes que a lei lhe confira revistam natureza jurisdicional. No que diz respeito às decisões de concessão e recusa do visto, discute-se, pois, se são ou não decisões de natureza jurisdicional³⁸.

Pode dizer-se que, até à instituição, pela CRP de 1976, do Tribunal de Contas como um verdadeiro Tribunal, era maioritário na doutrina o entendimento de que as decisões em causa não tinham natureza jurisdicional, mas administrativa. A instituição do Tribunal de Contas, na CRP de 1976, como um verdadeiro Tribunal conduziu, no entanto, a doutrina que maioritariamente se passou a pronunciar sobre o assunto — dominada por um conjunto de especialistas de Direito Financeiro, muitos

38 Para a mais circunstanciada abordagem do tema na doutrina portuguesa, com ampla indicação de todas as referências bibliográficas pertinentes até à data, cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas*, pp. 122 segs..

dos quais ligados ao Tribunal — a defender a natureza jurisdicional das decisões em causa³⁹.

Não podemos deixar, no entanto, de confessar que a argumentação que, nesse sentido, foi desenvolvida na doutrina nos parece pouco consistente e conduzida no propósito de alcançar uma conclusão que parece já determinada de antemão, menosprezando argumentos que, a nosso ver, apontam claramente em sentido contrário.

Na verdade, essa argumentação sustenta-se, em grande medida, no estatuto formal de Tribunal que a CRP confere ao Tribunal de Contas, chegando, nesse sentido, a dizer-se que “quando em causa está a atividade exercida por um tribunal, a qualificação da mesma é dificilmente dissociável da natureza jurisdicional do órgão”⁴⁰ e mesmo que “o caráter jurisdicional do visto parece-nos decorrer da natureza do tribunal”⁴¹.

Ora, parece claro que o argumento, só por si, não tem qualquer valor, pelo simples facto de que é pacificamente reconhecido que as competências que a CRP e a LOPTC atribuem ao Tribunal de Contas não são “nem exclusiva nem predominantemente funções jurisdicionais”⁴².

Na verdade, é pacificamente reconhecido que a evolução do Tribunal de Contas português “se saldou na reunião, no mesmo órgão, das características dos modelos de Tribunal de Contas e de Auditoria Geral, o que faz do Tribunal de Contas de Portugal uma instituição que corporiza um modelo misto. De facto, estamos perante uma instituição colegial com estatuto orgânico de verdadeiro Tribunal com funções jurisdicionais que combina com uma importante função de auditoria”⁴³. De onde resulta que “o Tribunal de Contas é um órgão independente que funciona como um tribunal quanto à sua estrutura e em cujas funções se incluem algumas (e tanto basta) que podem ser consideradas jurisdicionais”⁴⁴.

E, neste sentido, inscreveu-se a opção, assumida pela vigente LOPTC em 1997, da criação no Tribunal de uma 3^a Secção, que foi determinada pelo propósito de se proceder à separação da função que o Tribunal de Contas exerce que se reveste de indiscutível natureza jurisdicional,

39 Cfr., por todos, Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 1^a ed., pp. 412 segs.; José Tavares, *O Tribunal de Contas*, pp. 122 segs.; Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, pp. 352 segs..

40 Cfr. Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, pp. 355 segs., com diversas referências.

41 Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 1^a ed., p. 413.

42 Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 1^a ed., p. 408.

43 Guilherme d’ Oliveira Martins, “O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública”, p. 12.

44 Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 1^a ed., p. 408.

confiada a essa 3^a Secção, em relação às demais funções, confiadas à 1^a e à 2^a Secções⁴⁵.

Na verdade, parece indiscutível que os poderes que são exercidos pela 3^a Secção do Tribunal, que têm por objeto o julgamento das contas e a efetivação de responsabilidades financeiras dos servidores públicos, são poderes jurisdicionais⁴⁶. Mas o mesmo já não parece poder dizer-se das demais funções, que são da competência das 1^a e 2^a Secções do Tribunal e cujo exercício se consubstancia, por um lado, na fiscalização prévia e concomitante e, pelo outro, na fiscalização concomitante e sucessiva de verificação, controlo e auditoria.

Outro argumento invocado no sentido da natureza jurisdicional das decisões de concessão e recusa de visto é o de que tais decisões envolvem a aplicação de critérios de estrita legalidade, e não de oportunidade ou conveniência⁴⁷. Mas também este argumento não se afigura, só por si, determinante, na medida em que, em Direito Administrativo, existem meios de controlo administrativo de estrita legalidade, em que a instância de controlo exerce poderes estritamente vinculados, sem que daí resulte a natureza jurisdicional do controlo exercido. O que é, na verdade, determinante é o escopo com que o controlo é exercido, e não, em si mesmo, o objeto ou o critério do controlo.

Ora, desse ponto de vista, importa notar que, como vimos, o artigo 44^o, n^o 4, da LOPTC estabelece que, em situações de ilegalidade que alterem ou possam alterar o resultado financeiro do ato submetido a visto, mas não sejam geradoras de nulidade, o Tribunal de Contas pode optar, em decisão fundamentada, por não recusar o visto, mas concedê-lo fazendo recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades⁴⁸. Ora, neste caso, o Tribunal não decide segundo critérios de estrita legalidade: pelo contrário, o Tribunal exerce, neste caso, um poder discricionário, que lhe permite relevar a ilegalidade sem tirar delas consequências, poder que não assiste aos tribunais administrativos, no âmbito dos processos de impugnação de atos ou contratos que perante eles são intentados e que, esses sim, são verdadeiros processos jurisdicionais. E esse poder discricionário só se compreende porque,

45 Guilherme d' Oliveira Martins, "O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública", p. 11.

46 Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4^a ed., p. 461.

47 Para além das referências já indicadas, cfr. José Tavares, "Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas", p. 977; Eduardo Paz Ferreira, "O visto prévio do Tribunal de Contas: uma figura em vias de extinção?", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Coimbra, 2002, pp. 847-848.

48 Cfr., a propósito, Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, p. 374.

no âmbito da fiscalização prévia, a aplicação da lei não é um fim em si mesmo, mas é um instrumento dirigido à prossecução de um outro fim, que, em última análise, é o interesse público do correto exercício das funções que envolvem realização de despesa pública.

No plano teleológico, a fiscalização prévia não tem, pois, por escopo a aplicação da lei em si mesma, mas a prossecução do interesse público do correto exercício das funções que envolvem realização de despesa pública. É ao serviço desse interesse público, de natureza administrativa, que o Tribunal de Contas procede à fiscalização prévia⁴⁹.

É por isso que, como vimos, o visto prévio é condição de eficácia dos atos, contratos e outros instrumentos a ele submetidos⁵⁰: esse é, na verdade, o regime de efeitos que se adequa à função exercida, em função do escopo por ela visado, que apenas se projeta no plano da eficácia, e não da validade, dos atos, contratos e demais instrumentos submetidos a visto: tal como sucede com tantos atos que, no âmbito do Direito Administrativo, a lei institui como *conditio iuris*, de cuja emissão depende o início ou a cessação de efeitos de outros atos.

E, por outro lado, só a essa luz se compreendem, a nosso ver, soluções normativas como aquelas que, como vimos atrás, resultam dos artigos 83º e 85º da LOPTC.

Na verdade, não se compreende como possa um processo jurisdicional ser decidido, quanto ao mérito, sem intervenção dos juizes, como sucede nos casos em que é emitida declaração de conformidade pela Direção-Geral do Tribunal, com fundamento no facto de a análise do processo não suscitar qualquer dúvida sobre a legalidade do ato ou contrato, designadamente pela sua identidade com outros já visados, quer quanto à situação de facto, quer quanto às normas aplicáveis (artigo 83º, nº 1).

E, sobretudo, não se compreende como possa um processo jurisdicional ser decidido por deferimento tácito, como prevê o artigo 85º, que, como vimos, tem por epígrafe “Visto tácito”, e estabelece que:

“os atos, contratos e demais instrumentos jurídicos remetidos ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia consideram-se visados ou

49 Assinalando o fim de interesse público prosseguido pela fiscalização prévia, cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas*, pp. 206-207.

50 Cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas*, pp. 151-152, com referências às posições do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Administrativo.

declarados conformes se não tiver havido decisão de recusa de visto no prazo de 30 dias após a data do seu registo de entrada”⁵¹.

E repare-se que é a própria LOPTC que utiliza, nesse contexto, a expressão de “visto tácito”, no que não pode deixar de ser, efetivamente, qualificado como uma situação em que a lei associa à inércia do órgão a produção de um ato jurídico⁵².

Para já não falar do poder que ao Tribunal de Contas é reconhecido de emitir instruções sobre a forma como os procedimentos de fiscalização prévia devem ser instruídos pelas entidades a ela submetidas⁵³. Nem, em geral, dos termos em que se processa o relacionamento concreto do Tribunal com as entidades submetidas à fiscalização prévia, que não se assemelham àqueles a que obedece o exercício da função jurisdicional por um Tribunal.

A nosso ver, as decisões do Tribunal de Contas de concessão e recusa de visto, no âmbito da fiscalização prévia, revestem, pois, natureza administrativa⁵⁴.

Ainda que se reconhecesse natureza jurisdicional à decisão de concessão de visto, nem por isso a respetiva autoridade de caso julgado contendria com o eventual juízo que os tribunais administrativos sejam, mais tarde, a formular no sentido da invalidade do ato visado. Nesse sentido, afigura-se, na verdade, de reconhecer que existe uma área de sobreposição entre o poder de fiscalização prévia do Tribunal de Contas dos atos e contratos que estão submetidos a essa fiscalização e a competência dos tribunais administrativos para julgarem os processos de impugnação que sejam intentados contra os mesmos atos e contratos, mas que a existência dessa área de sobreposição só pode dar origem à emissão de decisões apenas contraditórias no plano lógico, como pode suceder quando os tribunais administrativos anulem decisões que

51 Assinalando também este ponto, cfr. Tiago Duarte, “Tribunal de Contas: visto prévio e tutela jurisdicional efetiva?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 71, p. 34.

52 No sentido, a nosso ver insustentável, de que o regime do artigo 85.º da LOPTC, pelo contrário, não instituiria a formação de um verdadeiro ato tácito, mas um regime de dispensa de visto *ope legis*, cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas*, p. 121.

53 Cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas*, p. 190.

54 Nesse sentido, cfr. Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª ed., Coimbra, 1995, p. 128; António Braz Teixeira, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Lisboa, 1990, pp. 194 segs.; Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 101/77, de 16 de junho, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 277, pp. 53 segs.; e, mais recentemente, Tiago Duarte, “Tribunal de Contas: visto prévio e tutela jurisdicional efetiva?”, pp. 31 segs..

tenham sido visadas pelo Tribunal de Contas, mas não dá origem a decisões conflituantes no plano prático⁵⁵.

Ora, por maioria de razão a questão se coloca assim a partir do momento em que se reconheça que a decisão de concessão de visto não tem natureza jurisdicional, pelo que nem sequer se reveste da autoridade de caso julgado. Também nessa perspectiva, o juízo sobre a não ilegalidade do ato em que o Tribunal de Contas sustenta a sua decisão de concessão de visto em nada contende com o eventual juízo de ilegalidade desse ato que, em momento ulterior, um tribunal administrativo possa vir a fazer no âmbito de uma ação de impugnação contenciosa: enquanto o ato ou o contrato visado pelo Tribunal de Contas produziu efeitos, tudo se passou como se ele fosse válido; e só deixa de ser assim, como sucede com qualquer outro ato jurídico, visado ou não pelo Tribunal de Contas, a partir do momento em que venha a ser anulado pelo tribunal administrativo.

No que, por sua vez, diz respeito à decisão de recusa de visto, o reconhecimento da sua natureza administrativa ajuda a explicar que, ao contrário de entendimento a nosso ver insustentável recentemente defendido na doutrina⁵⁶, a ineficácia do contrato que a lei associa a essa decisão não opera apenas na esfera jurídica do contraente público, mas também vincula, naturalmente, o contraente privado⁵⁷.

Na verdade, como a ineficácia é uma consequência que, dentro dos limites por ela estabelecidos, a lei associa, ela própria, à recusa do visto, é evidente que, a partir do momento em que um ato ou um contrato é (ou se torna) ineficaz, por falta do visto, essa situação, dentro dos limites em que a lei estabelece, passa a constituir *um facto*, que como tal deve ser reconhecido por qualquer autoridade e, portanto, por qualquer tribunal, no âmbito de qualquer processo jurisdicional⁵⁸. E, por conseguinte, também é evidente que, em eventual ação na qual, por hipótese,

55 Neste sentido, cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas*, pp. 59 segs..

56 Cfr. Rui Medeiros, "A proteção processual do adjudicatário em face de uma recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas", in *Revista de contratos públicos* n.º 1, pp. 65 segs..

57 Cfr. Paulo Nogueira da Costa, *O Tribunal de Contas e a boa governança*, p. 372.

58 Na verdade, só nesta perspectiva, que pressupõe a natureza administrativa da recusa do visto, se ultrapassam, a nosso ver, objeções como aquela que coloca Rui Medeiros, *op. cit.*, pp. 69-70, no sentido de que o Tribunal de Contas não poderia ter a última palavra sobre a legalidade do ato ao qual recusa o visto. É que, desse ponto de vista, onde, ao contrário do que pretende o Autor, reside a falha, é, como já de seguida se dirá no texto, na inexistência de previsão da possibilidade de os interessados que sejam prejudicados pela ineficácia dos atos, contratos ou outros instrumentos que tenham sido objeto de uma decisão de recusa de visto — a começar pelo contraente privado no contrato ao qual é recusado o visto — procederem à impugnação jurisdicional dessa decisão.

o contraente privado pretendesse fazer valer o contrato como se ele fosse eficaz, o tribunal incorreria em erro de julgamento se aplicasse o contrato ignorando o facto de que ele é ineficaz, dentro dos limites em que a lei estabelece essa ineficácia — e o tribunal seria mesmo incompetente, caso se tratasse de tribunal arbitral constituído ao abrigo de cláusula compromissória contida no próprio contrato ineficaz, no caso de ser aplicável o regime especial do n.º 4 do artigo 45.º da LOPTC, que, como vimos, estabelece que, para contratos de valor superior a 950 000 euros, o visto é condição suspensiva dos efeitos do contrato⁵⁹.

Sucede, entretanto, que a lei não prevê a possibilidade de os interessados que sejam prejudicados pela ineficácia dos atos, contratos ou outros instrumentos que tenham sido objeto de uma decisão de recusa de visto — a começar pelo contraente privado no contrato ao qual é recusado o visto — procederem à impugnação jurisdicional dessa decisão. Tem-se vindo, no entanto, a afirmar — e, a nosso ver, bem — o entendimento de que essa possibilidade deve ser admitida⁶⁰.

Cumprido, em todo o caso, reconhecer que as decisões de concessão e recusa de visto correspondem ao exercício de uma competência que a lei reserva a um Tribunal, o Tribunal de Contas, que é um Tribunal especializado em relação aos tribunais administrativos. Essa circunstância justifica, a nosso ver, que a impugnação jurisdicional dessas decisões não seja atribuída à competência dos tribunais administrativos, mas do próprio Tribunal de Contas⁶¹.

Importa, no entanto, notar que essa apreciação deve ser efetuada no exercício da função jurisdicional e, portanto, que o Tribunal de Contas a deve efetuar como se fosse um tribunal administrativo a fazê-lo, uma vez que, nesse plano, o Tribunal de Contas estará a substituir os tribunais administrativos, que, nos termos da CRP, são os tribunais competentes para dirimir os litígios de natureza administrativa.

A impugnação não pode, pois, ser configurada como uma reclamação ou um recurso para o plenário da própria secção do Tribunal que recusou

59 É o que, como vimos atrás, resulta da circunstância de que, nesse caso, a ausência do visto prévio implica que a cláusula compromissória, que contém a previsão da constituição de tribunal arbitral para a resolução de litígios respeitantes ao contrato, integrando um contrato que é ineficaz, não produza qualquer efeito: nesse sentido, cfr. o já mencionado Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 13 de janeiro de 2017, Proc. n.º 01096/16.

60 Admitindo essa possibilidade *de iure constituendo*, cfr. José Tavares, „Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas”, p. 43. Vejam-se também as referências em Rui Medeiros, *op. cit.*, pp. 58-59, sem que se nos afigurem pertinentes as objeções que o Autor opõe à solução a pp. 60 segs..

61 Também neste sentido, cfr. Rui Medeiros, *op. cit.*, pp. 56-57. Em sentido contrário, cfr. Tiago Duarte, *op. cit.*, pp. 36 segs..

o visto, mas como uma verdadeira ação contenciosa, a submeter às regras do processo contencioso administrativo e a decidir por uma formação de julgamento independente em relação ao processo de fiscalização prévia, apta a proferir uma decisão jurisdicional independente sobre a validade do ato que recusou o visto.

El Control Administrativo de los Actos de la Administración Tributaria en Panamá

Víctor L. Benavides Pinilla *

1 La Administración Tributaria en Panamá

La recaudación, gestión, vigilancia y supervisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias son parte de las funciones que corresponden a la administración tributaria a través del ejercicio de las potestades administrativas que le son propias. Una buena administración tributaria administra y gestiona los ingresos del Estado dentro del marco de la legalidad, es decir, sometido a los controles institucionales que la Constitución y la Ley contempla, a través del sometimiento de las actuaciones realizadas al control administrativo intraorgánico y a través del sometimiento de las actuaciones tributarias a la revisión jurisdiccional en cabeza de la jurisdicción contencioso-administrativa y constitucional.

En este trabajo nos referimos a los dos primeros tipos control: al que corresponde a la administración en su gestión y el control administrativo que realizan en nuestro caso la Dirección General de Ingresos el Tribunal Administrativo Tributario.

1.1 Órgano de Administración Tributaria. La Dirección General de Ingresos

La administración tributaria panameña recae en la Dirección General de Ingresos, organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con autonomía administrativa, funcional y financiera (Ley 6 de 2005),

* Ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Panamá). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

que actúa para asegurar que todos los contribuyentes llamados a tributar cumplan con dicha obligación atendiendo al hecho generador tributario.

La Dirección General de Ingresos fue creada por la Ley 8 de 30 de noviembre de 1964. Su estructura actual está dada por el Decreto de Gabinete 109 de 7 de mayo de 1970. La modificación estructural más importante de la Dirección General de Ingresos desde el Decreto de Gabinete 109 está dada por la Ley 61 de 2002 y luego por la Ley 6 del 2 de febrero de 2005, que derogó la Ley 61. Esta Dirección con la aprobación de la Ley 24 de 8 de abril de 2013 fue sustituida por la Autoridad Nacional de Ingresos Públicos. Sin embargo, la Ley 24 de 2013 fue declarada inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a través de fallo de 11 de agosto de 2014, el cual dispuso la reviviscencia del Decreto de Gabinete 109 de 1970, recuperando así plena vigencia.

El Decreto de Gabinete 109 de 1970 dispone que la Dirección General de Ingresos tiene a su cargo:

“el reconocimiento, recaudación y fiscalización de las rentas, servicios, derechos, impuestos, tasas y contribuciones fiscales de carácter interno y aduanero, comprendidas en la Dirección activa del Tesoro Nacional; así como la prevención, investigación y sanción de los fraudes e infracciones de las leyes fiscales en toda la República”.

De acuerdo con este Decreto la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas está constituido como agente fiscalizador y cobrador de los impuestos nacionales.

1.2 Facultades de la Dirección General de Ingresos

En ese sentido, el Director General de Ingresos es:

“responsable de la planificación, dirección, coordinación y control de la organización administrativa y funcional de la Dirección General de Ingresos, así como de la permanente adecuación y perfeccionamiento de las estructuras y procedimientos administrativos, inherentes a la función de administrar las leyes tributarias bajo su competencia” (art. 5 del Decreto de Gabinete 109 de 1970 y su modificación).

Ejerce pues una potestad de administración, que se complementa con la función que le atribuye el referido artículo 5 del Decreto de Gabinete

109 de 1970 de absolver consultas de conformidad con lo dispuesto en la ley y las normas reglamentarias vigentes en materia tributaria.

Por otro lado, ejerce una potestad reglamentaria, la cual encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 6 de dicho Decreto, en virtud del cual el Director General “siguiendo la política emanada del Ministerio (de Economía y Finanzas), tiene como función específica (...) la de impartir, por medio de resoluciones, normas generales obligatorias para regular las relaciones formales de los contribuyentes con el Fisco”. A tal efecto, el Director General de Ingresos:

“podrá dictar normas generales obligatorias relacionadas con el régimen de inscripción de los contribuyentes, sistemas de pago en cuanto a sus modalidades, formas y lugar del mismo; libros, anotaciones y documentos que deban respaldar a las declaraciones y cualquier otro requisito formal que se considere conveniente para facilitar y mejorar la fiscalización”.

Del mismo modo, el Decreto de Gabinete 109 de 1970 contempla dos potestades adicionales de la Administración tributaria, las cuales como señala la doctrina deben estar orientadas bajo el supuesto de que la función de liquidar y recaudar impuestos debe estar basado en el principio de igualdad y el principio de legalidad de tributaria. Estas son, la jurisdicción coactiva para el cobro de los créditos exigibles a favor del Tesoro Nacional, como la facultad para investigar el incumplimiento de las obligaciones tributarias.

Para el cumplimiento de la labor de investigación la administración tributaria está compelida a cumplir con el procedimiento establecido y las normas de ética fiscal que exigen que la función tributaria esté orientada bajo el principio de igualdad y legalidad tributaria.

En este sentido, en el curso de la comprobación del incumplimiento de las obligaciones tributarias, la autoridad debe tomar en cuenta los derechos y garantías sustanciales y procesales del contribuyente y acatar el procedimiento administrativo fiscal contemplado en Código Fiscal (con aplicación supletoria de la Ley 38 de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General), el cual sirve de vía para el trámite de reclamaciones y peticiones de los administrados y es de aplicación tanto por la Dirección General de Ingresos como del Tribunal Administrativo Tributario.

El procedimiento señalado, hoy por hoy, ha sido recogido, ordenado y optimizado con la aprobación de la Ley 76 de 13 de febrero de 2019, que aprueba el Código de Procedimiento Tributario (Gaceta Oficial No. 28714-B de 14 de febrero de 2019), el cual comenzará a regir en Panamá a partir del 1 de enero de 2020, salvo ciertas normas que empezarán a tener vigencia a los tres meses de su promulgación.

Siguiendo con las facultades de la Dirección General de Ingresos, el artículo 20 del Decreto de Gabinete 109 de 1970 expresa que la Administración está autorizada y facultada:

“para solicitar y recabar de las entidades públicas, privados y terceros en general, sin excepción, toda clase de información necesaria e inherente a la determinación de las obligaciones tributarias, a los hechos generadores de los tributos o de exenciones, a sus montos, relacionados con la tributación, así como información de los responsables de tales obligaciones o de los titulares de derechos de exenciones tributarias”.

El mismo Decreto de Gabinete 109 de 1970 en su artículo 18 señala que toda actuación del personal de la Dirección General de Ingresos en ejercicio de sus atribuciones hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario; por consiguiente, por ministerio de la ley las liquidaciones de impuestos adicionales son de obligatorio cumplimiento, por lo que, en algunas ocasiones se hace necesario dictar medidas cautelares para el aseguramiento de su cobro.

En esa dirección, el artículo 17 del referido decreto otorga facultades y poderes a dicha dirección que tienen como objeto principal asegurar el cobro real de los tributos a los contribuyentes. Esto es, con la clara intención del legislador de evitar que la administración tributaria resulte ilusoria en sus efectos. Se otorga, pues, a la Dirección General de Ingresos como entidad rectora en el cobro de los tributos, la facultad para ordenar de acuerdo con las circunstancias que se estimen pertinentes en cumplimiento de sus atribuciones-, medidas precautorias provisionales que asegure el cobro de la obligación tributaria (parágrafo 1 del artículo 17 del Decreto de Gabinete N° 109 de 1970).

1.2.1 Límites a la Actividad Administrativa Tributaria

El sistema tributario vigente en Panamá encuentra fundamento a partir de lo dispuesto en el artículo 264 de la Constitución Política, el cual señala que la ley procurará que todo impuesto grave al contribuyente en proporción directa a su capacidad económica, es decir, a su capacidad contributiva. Esta disposición, además, es reconocida por la jurisprudencia y la doctrina como contentiva del principio de capacidad contributiva¹.

Este principio como el principio de legalidad tributaria recogido en el artículo 52 de la Constitución Política y el principio de igualdad (arts. 19 y 20, Constitución) son pilares fundamentales de la actividad administrativa tributaria.

Bajo el principio de capacidad económica se postula que los impuestos de los contribuyentes deben corresponder al importe de su renta. Es decir que la carga impositiva será correspondiente al importe de la renta, pero sin que llegue afectar la cobertura de las necesidades básicas del administrado, como tampoco a constituirse en desincentivo de ciertas actividades económicas que influyen de forma significativa en el sostenimiento de la hacienda pública (art. 254 de la Constitución Política).

El principio de igualdad pregona que la justicia tributaria sea garantizada en igualdad ante la ley de los contribuyentes. Bajo este principio todos los administrados en condiciones de igualdad deben contribuir al sostenimiento del Estado (art. 19 y 20 de la Constitución).

Conforme al principio de legalidad ningún tributo podrá ser exigido sin una ley que lo autorice. De acuerdo con este principio la carga impositiva depende del desarrollo legal (principio de reserva legal y estricta legalidad), que supedita la existencia jurídica de la contribución a una ley formal que le imprima substrato normativo.

En este sentido, el artículo 8 del recién aprobado Código de Procedimiento Tributario expresa que solo la ley puede:

“1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la obligación tributaria; indicar el obligado tributario o contribuyente

¹ Al respecto, ver SOLÍS GONZÁLEZ, E., *Fundamentos de derecho tributario. Los principios del derecho tributario y el control de los actos tributarios*, Editorial & Librería Barrios & Barrios, Panamá, 2017.

- y el acreedor del tributo; fijar la base imponible de cálculo y alícuota o tasas para establecer las sumas a pagar.
2. Establecer los procedimientos de cobro de los tributos, delegables en el Órgano Ejecutivo.
 3. Otorgar exenciones, exoneraciones, disminuciones, incentivos o beneficios tributarios.
 4. Establecer y modificar recargos, así como la obligación de abandonar intereses.
 5. Establecer y modificar recargos, así como la obligación de abonar intereses.
 6. Establecer los procedimientos de revisión de los actos administrativos de carácter tributario.
 7. Tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones.
 8. Establecer prelación y garantías para los créditos tributarios.
 9. Regular los modos de extinción de la obligación tributaria por medios distintos al pago.
 10. Establecer y modificar los plazos de prescripción”.

2 Control Administrativo de los Actos de la Dirección General de Ingresos

2.1 Órgano de Control Administrativo. El Tribunal Administrativo Tributario

El Tribunal Administrativo Tributario de Panamá fue creado mediante Ley 8 del 15 de marzo de 2010, como ente colegiado e independiente dentro del Órgano Ejecutivo, especializado e imparcial, con jurisdicción y competencia nacional para conocer los recursos de apelación contra las decisiones de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, funciones que antes efectuaba la Comisión de Apelaciones de la misma Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

2.1.1 Jurisdicción y Competencia

La jurisdicción del Tribunal Administrativo Tributario es nacional. Las decisiones que dicta el Tribunal. Las decisiones de este Tribunal, como ha dicho el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 17 de junio de 2015:

“...se enmarcan en aquellas facultades que pueden denominarse de control administrativo y en el caso en que el administrado estime que no ha obtenido la adecuada y eficaz protección o reparación del derecho subjetivo lesionado, puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, tal como consagra el último inciso del artículo 156 de la Ley 8 de 2010...”.

Estas decisiones – de segunda instancia – agotan la vía gubernativa, abriendo paso a que el contribuyente pueda recurrir a la vía contencioso-administrativa. La competencia de este Tribunal Administrativo Tributario se encuentra delimitada en el artículo 156 de la Ley 8 de 2010, a saber:

- Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de la Dirección General de Ingresos y de las Administraciones Provinciales de Ingresos a nivel nacional, que resuelven reclamaciones de devoluciones de tributos nacionales, a excepción de los aduaneros; resoluciones relativas a liquidaciones adicionales, resoluciones de multas y sanciones; así como cualquier otro acto administrativo que tenga relación directa con la determinación de tributos bajo competencia de dichas entidades en forma cierta o presuntiva.
- Conocer y resolver de los recursos de apelación en contra de reclamaciones no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria.
- Conocer y resolver de los recursos de apelación contra los actos administrativos o resoluciones que afecten los derechos de los contribuyentes y de los responsables.
- Resolver los recursos de apelación que presenten los contribuyentes contra las actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o que infrinjan lo establecido en el Código Fiscal y/o demás legislación tributaria aplicable.
- Resolver en vía de apelación las tercerías, excepciones e incidentes que se interpongan con motivo del procedimiento del procedimiento de cobro coactivo cursado ante la Dirección General de Ingresos.
- Proponer al Ministro de Economía y Finanzas las normas que juzguen necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria.
- Uniformar la jurisprudencia en las materias de su competencia.

2.1.2 Medios de Impugnación (Recursos para el Control Administrativo de la Administración Tributaria)

Como bien comenta el abogado tributarista Camilo Valdés, la “doctrina y la legislación comparada reconocen y aceptan la existencia de recursos legales como un derecho que tienen los contribuyentes en general, para salvaguardar o defender sus derechos cuando éstos consideren que han sido violentados por la Administración Tributaria dentro del ejercicio de sus funciones, por decisiones que ésta haya tomado y ejecutado”².

En la vía gubernativa estos recursos son:

2.1.2.1 Recurso de Reconsideración

Los actos de la Dirección General de Ingresos pueden ser recurridos a través del recurso de reconsideración (art. 1238, Código Fiscal) ante esa misma instancia.

En esta etapa la Dirección General de Ingresos tiene la carga de probar el supuesto incumplimiento del contribuyente con respecto a sus obligaciones tributarias, toda vez que conforme al numeral 2 del artículo 155 de la Ley 38 de 2019, todo contribuyente tiene derecho a ser considerado y tratado como un contribuyente cumplidor de sus obligaciones mientras que no se aporte prueba concluyente de lo contrario.

Y no solo tiene la carga de la prueba, sino que debe actuar bajo los principios de eficiencia, objetividad y eficacia. Sobre todo, con miras a evitar procesos dilatados.

Como señala el doctor Camilo Valdés:

“La práctica acumulada con la experiencia nos viene demostrando que los recursos legales en vía gubernativa son una pérdida de tiempo, ya que un altísimo porcentaje, los recursos de reconsideración interpuestos contra los actos que emite la administración tributaria no son realmente analizados, ya que ésta mantiene su posición, sin cumplir con los términos que la ley establece, alargando los procesos en detrimento de los derechos y garantías de los contribuyentes, lo que

2 VALDÉS MORA, C., Problemáticas actuales y nuevas fronteras de los medios de impugnación nacionales e internacionales. El caso de Panamá. En: *XXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2016, p. 5.

lo afecta de manera directa no solamente en el aspecto de una justicia expedita, sino también en su patrimonio, ya que los montos en dinero sujetos a un litigio con el fisco, afecta de manera directa el patrimonio de los contribuyentes, patrimonio además que es un derecho humano, tal cual lo consagra el Pacto de San José en sus artículos 8 y 25³.

2.1.2.2 Recurso de Apelación

Como se dijo, el Tribunal Administrativo Tributario es un organismo de segunda instancia. Por consiguiente, las materias que son de su conocimiento se activan a través del recurso de apelación que interponga el contribuyente contra la decisión de primera instancia adoptada por la Dirección General de Ingresos. La apelación presentada ante el Tribunal Administrativo Tributario, contra la resolución de primera instancia y su acto confirmatorio, deberá ser sustentado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución que resuelve el recurso de reconsideración.

De acuerdo con el artículo 1238 del Código Fiscal, con la apelación interpuesta dentro del término de ley, se tiene igualmente por recurrida la resolución original que fue motivo de reconsideración, aun cuando el escrito de apelación no lo exprese directamente.

Otro aspecto para mencionar es que la tramitación de los recursos de apelación, sometidos a la consideración del Tribunal Administrativo Tributario, conforme al artículo 164 de la Ley 8 de 2010, está regido por las normas del Libro VII (De los Procedimientos Administrativos en Materia Fiscal) del Código Fiscal, así como por las normas de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, las cuales suplen los vacíos del procedimiento fiscal. También hay que tener en cuenta el Texto Único del Acuerdo No. 13 de 5 de julio de 2011 con sus distintas modificaciones, que aprueba el compendio de normas de procedimiento del Tribunal Administrativo Tributario.

Entre los vacíos que suple la Ley 38 de 2000, están aspectos relacionados con la prueba. Así el artículo 1240A del Código Fiscal establece que junto con el escrito de sustentación del recurso de que se trate, el contribuyente deberá presentar y aducir todos los medios de prueba que considere, dentro de los reconocidos por el procedimiento administrativo General establecido en la Ley 38 de 2000. Y del mismo modo,

3 Ibid., p. 6.

el Tribunal Administrativo tributario podrá decretar de oficio la práctica de las pruebas que estime convenientes, siempre que sean de las admisibles por el procedimiento administrativo general.

De acuerdo con la Ley 38 de 2000, sirven de prueba los documentos, el testimonio, la inspección oficial; las acciones exhibitorias; los dictámenes periciales; los informes; los indicios; los medios científicos; las fotocopias o las reproducciones mecánicas; y los documentos enviados mediante facsímil, así como cualquier otro elemento racional que sirva a la formación de la convicción del funcionario, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley ni sean contrarios a la moral o al orden público.

Como detalla Valdés:

“el funcionario que instruya el proceso, con anterioridad a la apertura del periodo de pruebas, convocará al contribuyente en aras de la simplificación del proceso, para considerar: (i) La conveniencia de puntualizar y simplificar los puntos controvertidos; (ii) La necesidad o conveniencia de corregir los escritos presentados; (iii) El saneamiento del procedimiento hasta ese momento; (iv) La posibilidad de que la Administración Pública admita hechos y documentos que hagan innecesaria la práctica de determinadas pruebas; (v) La limitación del número de peritos; y (vi) Otros asuntos que puedan contribuir a hacer más expedita la tramitación del procedimiento”⁴.

Finalmente, es de señalar que en la tramitación de la apelación, de estimarlo necesario para mayor entendimiento del caso, el Magistrado Ponente del caso, antes de preparar el proyecto de decisión, de oficio o a petición de parte, podrá convocar a una audiencia (ante el Pleno del Tribunal) con la participación tanto del recurrente, como de un abogado representante de la Dirección General de Ingresos.

Concluida la fase probatoria o finalizada la audiencia, si se hubiere convocado, las partes contarán con un plazo de 5 días hábiles para que presenten sus alegatos finales por escrito. Cumplida esta fase, el Tribunal pasa a decir la apelación, la cual se adoptará por mayoría y se notificarán a los interesados en la forma establecida en el procedimiento fiscal ordinario establecido en el Código Fiscal.

4 Ibid., p. 18.

2.1.3 Medios de Impugnación Antes Juzgados Administrativos Tributarios

Como novedad podemos señalar que el Código de Procedimiento Tributario introduce una nueva figura en el derecho panameño, como son los juzgados administrativos tributarios. Según el Código estos serían organismos unipersonales de primera instancia, adscritos a la Dirección General de Ingresos, con competencia para resolver los recursos de reconsideración presentados contra las resoluciones de la Dirección General de Ingresos (art. 316).

De acuerdo con esta nueva normativa los actos apelados seguirán siendo de conocimiento del Tribunal Administrativo Tributario y establece la posibilidad de que el contribuyente en lugar de recurrir mediante reconsideración ante el juzgado administrativo tributario acuda directamente ante el Tribunal por medio de la apelación, sin que esto afecte su derecho a recurrir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (art. 322).

3 Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia con Relación al Control Administrativo de los Actos de la Administración Tributaria

3.1 Acceso a la Justicia Administrativa Tributaria

Empezamos, refiriéndonos al fallo de 28 de mayo de 2014 por medio del cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el numeral 1 del artículo 960 del Código Fiscal, disposición que gravaba con el impuesto de timbre a todos los memoriales, escritos o peticiones que se dirigieran o presentaran ante cualquier funcionario, autoridad o corporación pública, con excepción de las que se presentaran ante las autoridades fiscales y otras listadas en el artículo 961 del Código Fiscal.

Al respecto, el Pleno convino en señalar que el impuesto de timbre “se constituye en una limitación u obstáculo, porque para poder que una persona tenga acceso a los poderes públicos a través de solicitudes, quejas o requerimientos, debe previamente pagar el tributo, para que su pretensión pueda ser atendida, por parte de los servidores públicos”.

Destaca la sentencia:

“...que aun cuando el Estado tiene la facultad soberana de crear tributo y con observancia del principio de legalidad tributaria gravar las actividades que así disponga, siempre que sea a través de una ley formal, debidamente expedida por el poder público establecido en la Constitución y habilitado para dictar esas leyes formales, como es en el suelo patrio, la Asamblea Nacional, no se debe sostener que el ejercicio de esta potestad obliga en deber de respetar además otros preceptos constitucionales, es decir, que no se trata de una facultad absoluta, máxima cuando su imposición afecta o lesiona los derechos fundamentales”.

El fallo recuerda la sentencia de 6 de julio de 1983 mediante la cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la norma del Código Judicial que establecía un impuesto parecido al del artículo 960 del Código Fiscal, como requisito para presentar demandas, poderes, memoriales y escritos antes las instancias judiciales. En igual sentido que en el fallo de 1983, la Corte dictaminó que el impuesto de timbre que gravaba los memoriales, escritos o peticiones dirigidas a autoridades públicas afecta la tutela administrativa efectiva, pues desconoce la obligación que tiene el Estado

“de establecer un procedimiento libre de toda limitación o condición que dificulte u obstaculice a los administrados su acceso ante las diferentes instancias del poder público, ya sean administrativas o jurisdiccionales”.

La relevancia de este pronunciamiento para el control administrativo de la actividad tributaria es fundamental, ya que con esta declaración de inconstitucionalidad se deja sentado que bajo la Constitución no cabe la imposición de cargas tributarias para poder demandar, peticionar o acceder a la justicia administrativa.

La máxima “*solve et repete*” consagrada en el ahora derogado artículo 1181 del Código Fiscal, se entiende hoy como una limitación al derecho de impugnación que tienen los administrados frente a los entes de recaudación fiscal. Esta limitación fue derogada por el artículo 42 de la Ley 56 de 1995. Lo mismo ocurrió con el artículo 49 de la Ley 135 de 1943, según el cual:

“Si se trata de demanda [contencioso-administrativa] sobre impuestos que se exigen o de créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público deberá acompañarse el respectivo comprobante de

haberse consignado en calidad de depósito, la suma correspondiente en la Oficina recaudadora”.

Esta disposición fue derogada por el artículo 11 de la Ley 41 de 1 de julio de 1996.

3.2 El Principio de Buena Fe en la Actividad Administrativa Tributaria

Sobre este particular se pronunció la Sala Tercera a través de fallo de 16 de diciembre de 2011 dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción instaurado por Procesadora Arcilla, S.A. contra la Resolución No. 201-262 de 23 de enero de 2007, emitida por la Dirección Nacional de Ingresos y sus actos confirmatorios.

En este asunto el cargo de ilegalidad planteado por la parte demandante objeta que la autoridad tributaria negó la solicitud de aplicación de los beneficios contemplados en la Ley 11 de 4 de febrero de 2004 (que adopta medidas para el fomento y desarrollo de la industria), en favor de la empresa Procesadora de Arcilla.

Según lo alegado por el demandante, ante tal negativa no se expidió oportunamente el Certificado de Fomento Industrial (CFI) de la Dirección General de Industrias del Ministerio de Comercio e Industrias, el cual fue requerido antes de la derogatoria de la Ley 11 de 2004, por la Ley 6 de 2005, impidiéndose así que la empresa accediera a beneficios fiscales que correspondían al régimen jurídico de la Ley 11 de 2004.

Al respecto, la Sala determinó primero que ciertamente la Ley 11 de 4 de febrero de 2004, establecía beneficios a las empresas industriales de manufactura dedicadas al establecimiento de nuevas facilidades productivas, expansión de la capacidad instalada, producción de artículos nuevos y aumento o mejoramiento de la producción.

De acuerdo con el fallo si bien la Dirección General de Ingresos se pronunció respecto de la solicitud de la empresa (cuya inversión industrial estaba destinada a la producción de bloques de arcilla, tejas y otros productos con nuevas tecnologías) el 23 de enero de 2007, es decir, tiempo después de que la Ley 11 de 2004 fuera derogada por el artículo 83 de la Ley 6 de 2 de febrero de 2005, lo cierto es que la solicitud impetrada por la empresa fue de 30 de agosto de 2004 y reiterada el día 9 de diciembre de 2004.

En otras palabras, para la Sala lo importante aquí es que la solicitud promovida por la empresa se hizo en el marco de vigencia del régimen previsto en la

Ley 11 de 2004 y su reglamentación (Decreto Ejecutivo 28 de 10 de agosto de 2004). Por consiguiente, la Sala declaró nulo por ilegal el acto administrativo de la Dirección General de Ingresos, bajo la consideración de que en atención al artículo 32 del Código Civil lo que correspondía era que la autoridad se pronunciara bajo imperio del régimen vigente al momento que se solicitó el Certificado de Fomento Industrial y no con base en la Ley 6 de 2005, la cual, además, por ninguna parte estableció que tiene efectos retroactivos.

Según el fallo la actuación de la Dirección General de Ingresos desoyó la aplicación del principio de ultractividad en la aplicación de la ley, a partir del cual la “ley derogada sigue produciendo efectos y sobrevive para algunos casos concretos, (...) puesto que las actuaciones y diligencias deben regirse por la Ley vigente al tiempo de su iniciación, salvo que la propia ley disponga cosa distinta”. Esto al mismo tiempo, dice la sentencia, produjo que el acto fuera contrario a la buena fe que debe prevalecer en la actividad administrativa tributaria.

3.2.1 Apreciación de la Prueba Pericial en la Tramitación del Cálculo Alternativo del Impuesto sobre la Renta

Mediante fallo 25 de marzo de 2014 la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció con relación al rechazó de una solicitud de no aplicación del cálculo alternativo del impuesto sobre la renta (CAIR), demandado por el contribuyente Logística, S.A.

En este caso, el demandante impugna la Resolución No. 213-6119 de 21 de octubre de 2008, emitida por la Administración Provincial de Ingresos de la Provincia de Panamá, confirmada a través de Resolución No. TA-T-RF-007 de 23 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo Tributario.

En este sentido, la Sala empezó acotando que:

“...el CAIR o cálculo alternativo de impuesto sobre la renta, es un cálculo del impuesto sobre la renta basándose exclusivamente en los ingresos del contribuyente, debiendo el mismo realizar el cálculo de renta utilizando el método tradicional y el CAIR, comparar ambos y seleccionar el método que dé el resultado más alto para pagar su impuesto sobre la renta. Cabe precisar, que el cálculo alternativo de impuesto sobre la renta, CAIR, permite al contribuyente, bajo ciertas circunstancias, poder solicitar su no aplicación. Sin embargo, lo anterior no constituye un procedimiento automático o expedito, los contribuyentes que reportan pérdidas

fiscales, o aquellos cuya tasa efectiva del impuesto sobre la renta excede el treinta por ciento (30%) por razón del CAIR, pueden solicitar a la Administración Tributaria la no aplicación del mismo.

La Administración Tributaria, luego de haber examinado la documentación pertinente, puede autorizar al contribuyente a utilizar el método tradicional para determinar el correspondiente impuesto sobre la renta hasta por los tres (3) años subsiguientes”.

Teniendo por base lo anterior, la Sala consideró necesario examinar el acto demandado a la luz de todas las actuaciones realizadas en torno al mismo, incluyendo su acto confirmatorio. En tal sentido, la Sala manifestó que los elementos aportados con la demanda, así como la prueba pericial contable practicada oficiosamente por el Tribunal Administrativo Tributario demuestran

“la inexistencia de la supuesta inconsistencia por la suma de dos millones setecientos sesenta y tres mil ciento dos balboas con 36/100 (B/.2,763,102.36), que indicó la Autoridad demandada como uno de los fundamentos para desestimar la solicitud de no aplicación del CAIR, gestionada por la sociedad LOGÍSTICA, S.A”.

La Corte estimó que el acto demandado estaba viciado, toda vez que inobservó la prueba aportada, pero principalmente porque no apreció el dictamen pericial contable solicitado de oficio, en el que peritos idóneos designados por el propio Tribunal especializado en materia fiscal, dieron razón a la empresa demandante, al señalar que:

“...luego de los respectivos análisis de los libros contables de la sociedad recurrente, resultados a favor de LOGÍSTICA, S.A., por el orden del 65.51% y encima del 30%, tal cual lo dispone el Parágrafo 1 del artículo 699 del Código Fiscal, mismo que excede el porcentaje mínimo que lo exime de la no aplicación del CAIR. El texto de esta norma es el siguiente:

“Artículo 699. Las personas jurídicas pagarán el Impuesto sobre la Renta a una tasa de treinta por ciento (30%) sobre la que resulte mayor entre:

...

PARÁGRAFO 1. Si por razón del pago del Impuesto sobre la Renta la persona jurídica incurriese en pérdidas, esta podrá solicitar a la Dirección General de Ingresos la no aplicación del numeral 2 de este artículo. Igual solicitud podrá solicitar el contribuyente cuya tasa efectiva del Impuesto sobre la Renta exceda el treinta por ciento (30%).

Se entiende por tasa efectiva el porcentaje que resulta de dividir el Impuesto sobre la Renta causado entre la renta gravable como se define en el artículo 695 de este Código.

La Dirección General de Ingresos establecerá los documentos que deberán acompañar la solicitud de la que trata este parágrafo.

Al comprobar y aceptar la solicitud de la persona jurídica, la Dirección General de Ingresos le dará la opción de utilizar como alternativa la tasa del treinta por ciento (30%) sobre la renta gravable calculada según se establece en el numeral 1 de este artículo, hasta por los tres (3) años subsiguientes”.

Para el Tribunal el dictamen pericial era fundamental y el mismo debió ser valorado por la administración tributaria conforme a las reglas de la sana crítica, así como bajo la consideración de que al haber sido un dictamen requerido y practicado por el propio Tribunal Administrativo Tributario, a la prueba se le tenía que dispensar el tratamiento establecido en el artículo 18 del Decreto de Gabinete No. 109 de 7 de mayo de 1970, que indica que toda actuación del personal de la Dirección General de Ingresos, en ejercicio de sus atribuciones, hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario.

3.2.2 Debido Proceso y Motivación del Acto Administrativo Tributario

En la misma sentencia de 25 de marzo de 2014, a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, se pronunció la Sala con respecto a dos tópicos centrales en materia administrativa tributaria, como son la garantía del debido proceso y el deber de motivar el acto administrativo.

Sobre el particular, la Sala Tercera sostuvo que la no valoración de la prueba pericial mencionada supuso la violación al debido proceso administrativo (art. 201 numeral 1 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000), por cuanto no se tomó en cuenta una prueba vital para resolver la causa y no se ofreció motivación alguna respecto de su no apreciación probatoria.

Para la Sala la obligación que tiene la administración tributaria con la motivación del acto administrativo no sólo emana de lo dispuesto en la Ley 38 de 2000, en donde se establece la garantía del debido proceso y la motivación del acto administrativo como presupuestos que han de cumplirse en toda actuación administrativa, sino que además el deber de motivar el acto administrativo tributario fue objeto de reglamentación por el Tribunal Administrativo Tributario (Acuerdo N° 13 de 5 de julio de 2011), en donde se precisa en su artículo 50 que:

“El Tribunal expondrá razonadamente en la decisión el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponda”; obligación sobre la cual vuelen los artículos 66 y 67 de dicha reglamentación, en los que se ordena motivar los actos administrativos que expida este Ente Tributario y se establece que “los informes o dictámenes periciales, servirán para que este Tribunal Tributario utilice los mismos, para motivar la Resolución que resuelva una instancia”.

Dicha normativa también dispone que “La resolución que decida el recurso, resolverá todas las cuestiones planteadas por el recurrente y aquellas otras derivadas del expediente, que sean indispensables para emitir una decisión legalmente apropiada, sin que implique desmejorar la condición del recurrente”.

En atención a esta regulación, la Sala concluyó que la resolución que resolvió el recurso de apelación en el caso en cuestión carecía de los requisitos y/o elementos prescritos por la propia Administración Tributaria, en sus normas de procedimiento, por lo que era ilegal.

3.3 La Prescripción en el Cobro del Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios

Otro aspecto que trata la Sala Tercera es sobre la prescripción en el cobro del Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS).

En este sentido, se refirió en sentencia de 22 de mayo de 2017 con relación a la demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción promovida por la sociedad Jaguar de Panamá, S.A. contra la Resolución No 213-2764 de 11 de abril de 2008, emitida por la Administración Provincial de Ingresos de la Provincia de Panamá de la Dirección General de Ingresos.

La resolución impugnada sanciona al contribuyente Jaguar de Panamá, S.A. al pago de la suma de noventa y tres mil ciento veinticuatro balboas con 69/100 (B/.93,124.69), en concepto de Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS) correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2003, enero, febrero y marzo de 2004, y mayo, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2006.

Este acto administrativo fue modificado por el Tribunal Administrativo Tributario a través de la Resolución No. TAT-RF-078 de 23 de octubre de 2014, mediante la cual declaró probada la excepción de prescripción del derecho por parte de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, la suma de B/.4,372.03, en concepto de Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles y Prestación de Servicios (ITBMS), no declarado durante el periodo de marzo de 2013, y se modifica el Artículo Primero de la Resolución No. 213-2764 de 11 de abril de 2008, emitida por la Administración Provincial de Ingresos de la Provincia de Panamá de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, en el sentido de exigir al contribuyente JAGUAR DE PANAMÁ, S.A. la suma de Ochenta y Ocho Mil Setecientos Cincuenta y Dos Balboas con 66/100 (B/.88,752.66), en concepto de Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS) correspondiente a los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2003, enero, febrero y marzo de 2004, y mayo, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2006.

La Sala al revisar las actuaciones constató que la prueba pericial contable solicitada por la empresa ante el Tribunal Administrativo Tributario, a efecto de verificar la auditoría realizada por los auditores de la Administración Provincial de Ingresos de la Provincia de Panamá, determinó que el contribuyente Jaguar de Panamá, S.A. no sustentó con la suficiente documentación, los supuestos de hecho que sirvieron de sustento a los recursos interpuestos en la vía administrativa.

De acuerdo con la Corte:

“...en el ámbito tributario el hecho que el fundamento del cobro del tributo descansa en la norma legal, por tanto la Administración fiscal no tiene entonces que acreditar la existencia de la obligación y su derecho al cobro. Ahora bien, dado que esa determinación y cobro del tributo se realiza mediante la expedición de actos administrativos los cuales se encuentran amparados por la llamada “Presunción de Legalidad”, y por tanto, quien sostenga que el acto infringe la Ley tiene la carga de demostrarlo, como ocurre en el caso que nos ocupa que la carga de la prueba recae sobre el contribuyente”.

En cuanto a la excepción de prescripción, dijo la Sala que “en lo que se refiere a la supuesta violación del parágrafo 18 del artículo 1057v del Código Fiscal, que se refiere al término de prescripción para el cobro

del Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), el mismo debe ser desestimado toda vez que como bien lo indicó el Tribunal Administrativo Tributario, el pago del ITBMS es exigible a partir del primer día del mes siguiente en que el impuesto debió ser pagado, y en el caso del pago del periodo de marzo de 2003, el mismo era exigible a partir del 1 de mayo de 2003, teniendo en consideración que la liquidación y pago del ITBMS se realiza dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al vencimiento del mes anterior, con lo cual solamente podía ser reconocida la excepción de prescripción invocada respecto del periodo de marzo de 2003, pues al momento en que empezó a surtir sus efectos el acto administrativo impugnado (es decir, el 6 de mayo de 2008, con la notificación surtida a la contribuyente) habían transcurrido los cinco (5) años a que se refiere el parágrafo 18 del artículo 1057v del Código Fiscal”.

El fallo advierte que:

“a través del acto modificatorio contenido en la Resolución N° TA-TRF-078 de 23 de octubre de 2014, el Tribunal Administrativo Tributario declaró probada la excepción de prescripción del derecho por parte de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, en la suma de B/.4,372.03, en concepto de Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles y Prestación de Servicios (ITBMS), no declarado durante el periodo de marzo de 2003, modificando así el Artículo Primero de la Resolución N° 213-2764 de 11 de abril de 2008, emitida por la Administración Provincial de Ingresos de la Provincia de Panamá de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, en el sentido de exigir al contribuyente JAGUAR DE PANAMÁ, S.A. la suma de Ochenta y Ocho Mil Setecientos Cincuenta y Dos Balboas con 66/100 (B/.88,752.66), en concepto de Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS) correspondiente a los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2003, enero, febrero y marzo de 2004, y mayo, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2006”.

Por consiguiente, la Sala desestimó los cargos de violación de la demanda.

4 Conclusiones

Como es natural a las funciones de la administración tributaria y lo ha reconocido la jurisprudencia la Dirección General de Ingresos y el Tribunal Administrativo Tributario son los organismos llamados a ejercer

control administrativo de la legalidad tributaria en Panamá; en primera instancia y segunda instancia, respectivamente.

El recién aprobado Código de Procedimiento Tributario introduce un nuevo organismo con facultad para ejercer el control administrativo de la administración tributaria, a saber: los juzgados administrativos tributarios, como organismos con competencia para atender y resolver los recursos de reconsideración que se interpongan contra las decisiones de la Dirección General de Ingresos. Estos, sin embargo, se encuentran pendientes de implementación. Más todavía porque la Ley 76 de 2019 entra en vigor el 1 de enero de 2020.

El Tribunal Administrativo Tributaria, hay que reconocerlo, desde que entró en funcionamiento ha dado lugar a decisiones en materia tributaria más apegadas al proceso justo. El Tribunal se ha preocupado por cumplir con un procedimiento administrativo que permita el contradictorio, el derecho a probar, la motivación del acto, etc. La crítica constante que se ha mantenido e en la doctrina como en el foro es que las decisiones de la Dirección General de Ingresos y de la otrora Comisión de Apelaciones, por regla general, confirmaban sin más las decisiones.

El Código Fiscal y la Ley 8 de 2010 como la Ley 38 de 2000, permiten al Tribunal Administrativo Tributario ordenar la práctica de pruebas de oficio. Esto en principio, parece fortalecer las decisiones del Tribunal, al contar éste con criterios técnicos que pueden no haberse incorporado al proceso, que son necesarios para una decisión equilibrada, que tenga en cuenta los derechos e intereses del contribuyente como de la administración tributaria.

Sin embargo, la doctrina como el gremio del foro que gestiona ante el Tribunal Administrativo Tributario también cuestiona que en la práctica la tramitación de la apelación ha terminado judicializándose en exceso⁵, lo que hace que el transcurso para su decisión no sea tan rápido y ágil como se esperaba lo fuera.

Aun con todo, si bien no contamos con cifras, puede decirse que la entrada en funcionamiento del Tribunal Administrativo Tributario ha dado lugar a una disminución en las demandas que ingresan a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, contra actos de la administración tributaria, lo cual, puede entenderse como un indicador de su eficacia.

5 VALDÉS MORA, C., op. cit.

El Control sobre la Actividad Administrativa en Honduras

Héctor Martín Cerrato *

Introducción

La actividad administrativa que realiza el Estado está presidida por el principio de legalidad que establece que los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley, todo acto que ejecuten fuera de la Ley es nulo e implica responsabilidad¹. Atendiendo a esta disposición constitucional los órganos de la administración pública están sujetos al cumplimiento de una serie de controles para la correcta ejecución de sus funciones.

El control de la actividad administrativa es desarrollado de forma interna y externa y su aplicación comprende los órganos de Administración Pública Centralizada, Descentralizada, Desconcentrada, Poder Legislativo, Poder Judicial y demás organismos estatales.

El control interno en nuestra legislación es definido como:

“Un proceso permanente y continuo realizado por la dirección, gerencia y otros empleados de las entidades públicas y privadas, con el propósito de asistir a los servidores públicos en la prevención de infracciones a las leyes y a la ética, con motivo de su gestión y administración de los bienes nacionales”

y es implementado a través de la Oficina Nacional de Desarrollo Integral de Control Interno² (ONADICI) la cual se constituye como un organismo

* Abogado, Máster en Contratación Pública, con una especialización en Derechos Humanos, Profesor Universitario e investigador y miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, y el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1 Constitución de la República de Honduras.- Artículo 321 Principio de legalidad.

2 La ONADICI fue creada mediante Decreto Ejecutivo N° PCM-26-2007 publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 31,462 el 20 de noviembre del 2007.

técnico especializado del Poder Ejecutivo, cuyo objetivo es asegurar razonablemente la efectividad del proceso de control interno institucional en procura del logro de una gestión de la Hacienda Pública eficaz, eficiente, responsable, transparente y proba³.

En cuanto al control externo este es definido como “*La acción realizada por el Tribunal con el propósito de fiscalizar a los sujetos pasivos en los aspectos: administrativos, legales, financieros o económicos, de gestión y de resultados*” y es implementado a través del Tribunal Superior de Cuentas como ente rector del sistema de control que tiene la función por mandato constitucional⁴ de fiscalizar a posteriori los fondos, bienes y recursos administrados por los poderes del Estado, incluyendo los bancos estatales o mixtos, la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, las municipalidades y de cualquier otro órgano especial o ente público o privado que reciba o administre recursos públicos de fuentes internas o externas⁵.

1 Marco Jurídico

Los actos de la Administración Pública, se ajustan a la jerarquía normativa siguiente:

- Constitución de la República de Honduras.
- Los Tratados internacionales ratificados por Honduras.
- La Ley General de la Administración Pública.
- Las Leyes Administrativas Especiales.
- La Leyes Especiales y Generales vigentes en la República.
- Los Reglamentos que se emitan para la aplicación de las Leyes.
- Los demás Reglamentos Generales o Especiales
- La Jurisprudencia Administrativa; y
- Principios Generales del Derecho Público.

En cuanto a las normas generales de fiscalización interna y externa, el Tribunal Superior de Cuentas en el marco de sus competencias⁶ ha emitido las siguientes:

3 Decreto Ejecutivo N° PCM-26-2007. Artículo N° 2.- Objetivo de la ONADICI

4 Constitución de la República de Honduras.- Capítulo III.- Artículo N° 222.- Tribunal Superior de Cuentas.

5 Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas. Artículo N° 3.- Atribuciones.

6 Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas. Artículo N° 31 numeral 2) Administración del Tribunal.

- El marco rector del control interno institucional de los recursos públicos;⁷ y
- El marco rector del control externo gubernamental⁸

Ambas normas están integradas por principios, preceptos y normas generales y tienen como propósito la enunciación y desarrollo de los mismos en el contexto y aplicación del Sistema Nacional de Control de los Recursos Públicos⁹ (SINACORP).

2 Marco Rector del Control Interno

El marco rector del control interno se encuentra estructurado mediante dos títulos, a saber: El título I contentivo de los principios y preceptos y el título II contentivo de las normas generales del control interno.

El título I tiene como propósito la enunciación y desarrollo de los principios y preceptos rectores del control interno de los recursos públicos en Honduras, en el contexto del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Recursos Públicos (SINACORP) el cual tiene como finalidad proporcionar los valores y criterios técnicos fundamentales que debe basarse el diseño y establecimiento del proceso de control interno.

Los principios de control interno son los valores fundamentales, de carácter convencional; y los preceptos de control interno de los recursos públicos son las condiciones o criterios, de carácter técnico, a que debe ajustarse el ejercicio de la gestión pública institucional de dichos recursos¹⁰.

En este marco rector se encuentran definidos doce (12) principios de control interno institucional a saber: 1) Ética Pública, 2) Legalidad, 3) Transparencia, 4) Rendición de Cuenta, 5) Complementariedad, 6) Prevención, 7) Autorregulación, 8) Integración, 9) Integralidad, 10) Autocontrol, 11) Auto evaluación y, 12) Evaluación Separada; y los seis (6) Preceptos siguientes: 1) Planeación, 2) Eficacia, 3) Economía, 4) Eficiencia, 5) Confiabilidad, 6) Priorización.

Asimismo encontramos, seis (6) preceptos, a saber: 1) Planeación, 2) Eficacia, 3) Economía, 4) Eficiencia, 5) Confiabilidad; y 6) Priorización.

7 Acuerdo Administrativo N°.001/2009 de fecha cinco de febrero de dos mil nueve, aprobado según Acta Administrativa N°.03 celebrada el día jueves cinco (05) de febrero de 2009.

8 Acuerdo Administrativo N° TSC011/2010 publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 32,284 el 07 de agosto de 2010.

9 El Sistema es el conjunto de principios, preceptos, normas generales, normas técnicas específicas y demás instrumentos y mecanismos que regulan y desarrollan la dirección, orientación, organización, ejecución y supervisión de los controles externo e interno de los recursos públicos.

10 Acuerdo Administrativo N°.001/2009 de fecha cinco de febrero de dos mil nueve, aprobado según Acta Administrativa N°.03 celebrada el día jueves cinco (05) de febrero de 2009.

El título II tiene como finalidad la enunciación y explicación de las normas generales de control a través de la definición de los objetivos, rectoría, responsabilidad y componentes modernos del proceso de control interno institucional.

Es importante señalar que cada principio, precepto o norma general de control interno institucional se encuentra codificado¹¹ y explicado de forma básica para facilitar su comprensión por los órganos estatales y su implementación por parte de la Oficina Nacional de Desarrollo Integral de Control Interno (ONADICI).

3 Marco Rector del Control Externo

El marco rector del control externo tiene como propósito la enunciación y desarrollo de los principios y preceptos rectores del control externo gubernamental de Honduras en el contexto del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Recursos Públicos (SINACORP) y en concordancia con los principios aceptados y aplicados en el entorno de la auditoría gubernamental a nivel continental¹².

En este marco rector se encuentran definidos catorce (14) principios de control externo, a saber: 1) Universalidad, 2) Carácter integral, 3) Presunción de probidad, 4) Objetividad, 5) Independencia, 6) Autonomía funcional y económica, 7) Libre acceso, 8) Transparencia, 9) Difusión, 10) Materialidad, 11) Carácter permanente, 12) Complementariedad, 13) Carácter técnico; y 14) Carácter selectivo.

Asimismo encontramos siete (07) preceptos, a saber: 1) Oportunidad, 2) Planeación, 3) Eficiencia y eficacia, 4) Flexibilidad, 5) Reserva, 6) Preeminencia normativa; y 7) Valor agregado.

Al igual que en el marco rector del control interno institucional, los principios, preceptos y normas establecidas en el marco rector del control externo gubernamental se encuentra debidamente codificados¹³ y explicados de forma básica para facilitar su comprensión por los órganos estatales y su posterior aplicación por parte del Tribunal Superior de Cuentas.

11 Las codificaciones son las siguientes: Los principios y preceptos se enuncian codificados con el prefijo PRICI si se trata de un Principio, o PRECI si se trata de un Precepto, o NOGECI si se trata de una Norma General de Control Interno.

12 Acuerdo Administrativo N° TSC011/2010 publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 32,284 el 07 de agosto de 2010.

13 Las codificaciones son las siguientes: Los Principios de control externo se codifican con el prefijo PRICE y los Preceptos se codifican con el prefijo PRECE. Si se trata de una Norma General de Auditoría Externa Gubernamental, se codifica como NOGENAEG.

4 Oficina Nacional de Desarrollo Integral de Control Interno (ONADICI)

La Oficina Nacional de Desarrollo Integral de Control Interno (ONADICI) es creada como un organismo técnico especializado del Poder Ejecutivo¹⁴, encargado del desarrollo integral de la función de control interno institucional, fungiendo como órgano del Sistema Nacional de Control de los Recursos Públicos¹⁵.

La ONADICI tiene la atribución de desarrollar, coordinar, promocionar, capacitar, evaluar, informar, asesorar y dar seguimiento al proceso de control interno establecido en cada institución del Estado, con la finalidad de garantizar el logro de los objetivos planteados en el plan operativo anual y su presupuesto.

En el marco de sus competencias corresponde a esta oficina el desarrollo del marco rector del control interno institucional, a fin de asegurar que los órganos estatales realicen una aplicación eficiente y eficaz de dichos procesos.

Para contribuir a la correcta implementación del control interno institucional, cada institución del Estado a través de su máxima autoridad nombrará un Comité¹⁶ de Control Interno Institucional (COCOIN) como una instancia de asesoría, consulta y seguimiento del proceso de control interno.

5 Tribunal Superior de Cuentas (TSC)

La Constitución de la República de Honduras¹⁷, crea el Tribunal Superior de Cuentas como el ente rector del sistema de control de los recursos públicos, con autonomía funcional y administrativa de los poderes del Estado.

El Tribunal como ente rector del sistema de control, tiene como función constitucional la fiscalización a posteriori de los fondos, bienes y recursos

14 En la actualidad la ONADICI se encuentra adscrita a la Secretaría de Coordinación General de Gobierno.

15 Decreto Ejecutivo N° PCM-26-2007 publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 31,462 el 20 de noviembre del 2007.

16 El Comité de Control Interno Institucional se encuentra integrado por: La Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad, o quien éste designe. El representante de la Unidad de Planificación o su equivalente, quien coordinará las actividades del COCOIN. En caso que esta Unidad no exista, la función de coordinación deberá recaer en el Administrador o Gerente Administrativo. El responsable de la Unidad Administrativa de la entidad. El responsable de la Unidad Financiera. El responsable de la Unidad de Recursos Humanos. El Responsable de la Unidad de Asesoría Legal o su equivalente. El responsable de cada unidad organizacional "clave". Y el responsable de la Unidad de Auditoría Interna, quien participará con voz pero sin voto.

17 Constitución de la República de Honduras.- Artículo N° 222.

administrados por los poderes del Estado, instituciones descentralizadas y desconcentradas, incluyendo los bancos estatales o mixtos, la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, las municipalidades y de cualquier otro órgano especial o ente público o privado que reciba o administre recursos públicos de fuentes internas o externas¹⁸.

En el marco del cumplimiento de sus funciones deberá realizar un control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficacia, eficiencia, economía, equidad, veracidad y legalidad.

Si bien el Tribunal tiene como función específica el ejercicio a posteriori del control externo gubernamental, es oportuno mencionar que su Ley Orgánica establece como una de sus atribuciones la supervisión y evaluación de la eficacia del control interno institucional para lo cual le atribuye la potestad de emitir normas de carácter general.

Por lo anterior la emisión del marco rector del control interno es potestad del Tribunal Superior de Cuentas, sin embargo su aplicación le corresponde a la Oficina Nacional de Desarrollo Integral de Control Interno.

6 El Control Interno en la Contratación Administrativa

La Constitución de la República de Honduras preceptúa que los contratos de obra pública, suministro de bienes o servicios y de consultoría que celebre el Estado, previo a su ejecución deberán someterse a procedimientos de selección competitiva.

El objetivo de estos procesos de selección es garantizar que el Estado contrate la obra pública, bienes y servicios y la consultoría en las mejores condiciones en cuanto a precios, calidad, oportunidad y transparencia; a fin de lograr el correcto uso de los recursos públicos.

En marco de esta finalidad cada órgano responsable de la contratación debe cumplir con una serie de actividades que incluyen la aplicación de los principios, preceptos y normas generales del control interno.

A continuación daremos a conocer que normas del control interno institucional aplicables a un proceso de licitación pública para el suministro de bienes, a saber:

18 Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas. Artículo N° 3.- Atribuciones

6.1 Primera Etapa: Actos Preparatorios

La Administración Pública no podrá someter a licitación un contrato sin que previamente se ejecuten una serie de actos preparatorios para proceder a la misma. En efecto, la acción de la Administración Pública debe ser planificada, es decir, toda la actuación de la Administración Pública solamente puede concebirse dentro de un proceso administrativo preestablecido. Y no podría ser de otra manera, ya que todo órgano administrativo solamente puede comprometerse sus recursos financieros, materiales y humanos para la realización de aquellas actividades que le competen y que están directamente relacionadas con el fin para el cual el órgano o la entidad se instituyeron; así mismo, cada actuación esta interrelacionada con las demás del mismo órganos o entidad y con otras de otros órganos o entidades, para la consecución de metas u objetivos nacionales¹⁹.

Consecuentemente los órganos responsables de la contratación deberán cumplir con los siguientes actos:

6.1.1 Reserva Presupuestaria

La Constitución de la República señala que uno de los principios que rectoran la administración presupuestaria es la que establece que todos los ingresos y egresos fiscales deberán estar en el presupuesto general de la República y que no podrá hacerse ningún compromiso o efectuarse pago alguno fuera de las asignaciones establecidas en el presupuesto.

En ese sentido podrá darse inicio a un procedimiento de contratación antes de que conste la aprobación presupuestaria del gasto, pero el contrato no podrá suscribirse sin que conste el cumplimiento de este requisito.

Áreas de la entidad que intervienen:

Sub-Gerencia de Presupuesto y Contabilidad del Órgano Contratante; y
Gerencia Administrativa del Órgano Contratante.

Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:

TSC-NOGECI V-11 SISTEMA CONTABLE Y PRESUPUESTARIO
Se establecerán para el Sector Público sistemas de contabilidad y presupuesto de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

¹⁹ Orellana Mercado Edmundo.- La Contratación Administrativa en Honduras.

Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	Un control interno eficaz de los recursos públicos, implica la existencia de un sistema de presupuesto que regule la elaboración, formulación, presentación, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y liquidación del mismo y que este sustentado en planes de desarrollo, programas financieros, planes operativos anuales y demás instrumentos interrelacionados de administración financiera que prevean las disposiciones legales.
--	--

6.1.2 Plan Anual de Compras y Contrataciones

Para garantizar que se contrate en las mejores condiciones en cuanto a precios, calidad y oportunidad es necesario que el órgano contratante planifique que es lo que se quiere y debe comprar de acuerdo a sus necesidades, programe cuando y que tipo de procesos debe realizar y supervise cada actividad que se esté llevando a cabo a fin de lograr que las necesidades identificadas sean satisfechas en el tiempo indicado y que la utilización de los recursos disponibles sea la correcta.

Areas de la entidad que intervienen:	La Gerencias Administrativa, en coordinación con las unidades administrativas requirentes, programarán con anticipación suficiente la adquisición de los bienes necesarios para satisfacer las necesidades del servicio, así como para abastecer los almacenes de bienes consumibles o de uso continuo, como medicinas, equipo médico- hospitalario, materiales de oficina, repuestos u otros similares.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-PRECI-01: PLANEACIÓN El control interno de gestión de los entes públicos debe apoyarse en un sistema de planeación para asegurar una gerencia pública por objetivos.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	El propósito primordial de la gerencia pública es alcanzar los objetivos institucionales dentro de sanos criterios de efectividad, economía y eficiencia, lo cual presupone tanto el desarrollo previo de dichos objetivos mediante la determinación o fijación de objetivos específicos, resultados o metas periódicas que debe alcanzar la gestión de un ente público, como la construcción de estándares o indicadores de resultado, desempeño e impacto.

7 Conformación del Expediente de Contratación

El órgano responsable de la contratación está obligado previo al inicio de un proceso de contratación a realizar la apertura de un expediente administrativo; en el cual se registraran todos los documentos relacionados con cada una de las actividades que se llevaron a cabo para la elaboración de la compra.

La conformación del expediente administrativo de contratación tiene como objetivo garantizar que el órgano responsable de la contratación posea un registro ordenado de todos los documentos y actuaciones que se realizaron para la adjudicación de la compra y posterior emisión de la orden de compra.

Áreas de la entidad que intervienen:	Gerencia Administrativa por medio de la Unidad de Compras
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-NOGECI V-12 ACCESO A LOS ACTIVOS Y REGISTROS El acceso a los activos y registros de los entes públicos debe estar claramente definido y delimitado, de modo que sólo lo obtengan los funcionarios o servidores públicos autorizados por razón de su cargo y de las labores correspondientes.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	Las responsabilidades de los funcionarios conllevan la necesidad de que éstos logren el acceso a los archivos y la información requerida para que su desempeño sea adecuado; por consiguiente, los controles internos deben prever la posibilidad de que cada individuo disponga de los archivos precisos, a la vez que se previene el acceso a éstos de otro personal no autorizado.

8 Pliego de Condiciones del Proceso

En nuestro ordenamiento jurídico el pliego de condiciones adquiere la figura de un auténtico reglamento pues su propósito es ordenar la forma en que se desarrolla la licitación, regulando la intervención de las partes.

El Reglamento de la Ley de Contratación del Estado establece dentro de su jerarquía normativa los pliegos de condiciones, esto debido a que se trata de un acto jurídico pre-negocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en

el estatuto contractual y exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.

Áreas de la entidad que intervienen:	Gerencia Administrativa por medio de la Unidad de Compras; y Área Legal del Órgano Contratante.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-NOGECI V-09 SUPERVISIÓN CONSTANTE La dirección superior y los funcionarios que ocupan puestos de jefatura deben ejercer una supervisión constante sobre el desarrollo de los procesos, transacciones y operaciones de la institución, con el propósito de asegurar que las labores se realicen de conformidad con la normativa y las disposiciones internas y externas vigentes, teniendo el cuidado de no diluir la responsabilidad.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	La supervisión es un recurso y una obligación de todo funcionario que realice funciones de administración a diversos niveles.

9 Autorización para Contratar

La autorización para contratar la constituye precisamente la decisión que tiene por objeto ejecutar el proyecto; sin embargo, cada decisión particular deberá sustentarse en los documentos justificativos, una vez verificados los requisitos previos, se dará inicio al procedimiento de contratación mediante decisión de la autoridad competente.

Áreas de la entidad que intervienen:	Autoridad competente del órgano responsable de la contratación.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-NOGECI V-07 AUTORIZACIÓN Y APROBACIÓN DE TRANSACCIONES Y OPERACIONES La ejecución de los procesos, operaciones y transacciones organizacionales deberá contar con la autorización respectiva de parte de los funcionarios o servidores públicos con potestad para concederla. Asimismo, los resultados de la gestión deberán someterse al conocimiento de niveles jerárquicos superiores, que por su capacidad técnica y designación formal, cuenten con autoridad para otorgar la aprobación correspondiente.

Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:

Para que puedan rendir cuenta satisfactoriamente por el descargo de los asuntos que les han sido encomendados, los administradores de todo nivel deben ejercer un control permanente sobre los procesos. Entre los mecanismos de que disponen al efecto, les corresponde otorgar la autorización previa para la ejecución de esos procesos, operaciones y transacciones, así como evaluar los resultados del desempeño para conceder la aprobación o validación posterior o emprender medidas destinadas a corregir cualquier producto insatisfactorio.

9.1 Segunda Etapa: Proceso de Selección

La etapa de selección tiene como propósito seleccionar la oferta más conveniente a los intereses y necesidades del órgano responsable de la contratación, tomando en consideración lo requerido en el pliego de condiciones del proceso y lo preceptuado en la Ley de Contratación del Estado y su reglamento para efectos del proceso de evaluación.

9.1.1 Aviso de Invitación

La invitación a presentar ofertas se hará mediante avisos que se publicarán en el Diario Oficial La Gaceta, y por lo menos en un diario de circulación nacional, con la frecuencia y anticipación que se determine de acuerdo con la naturaleza e importancia de las prestaciones objeto de la licitación.

Áreas de la entidad que intervienen:

Gerencia Administrativa por medio de la Unidad de Compras

Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:

TSC-NOGECI III-06 ACCIONES COORDINADAS El control interno debe contemplar los mecanismos y disposiciones requeridos a efecto de que los servidores públicos y unidades participantes en la ejecución de los procesos, actividades y transacciones de la institución, desarrollen sus acciones de manera coordinada y coherente, con miras a la implantación efectiva de la estrategia organizacional para el logro de los objetivos institucionales.

Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:

Como elemento de un adecuado ambiente de control en los entes públicos es indispensable establecer mecanismos de coordinación específicos.

9.1.2 Recepción y Apertura de Ofertas

La recepción y apertura de ofertas se realizara en una audiencia pública, en el lugar, día y hora señalada en el aviso de invitación, la cual estará presidida por el titular del órgano responsable de la contratación. Lo actuado se establecerá en acta firmada por quienes representen a la Administración y por los oferentes o sus representantes que estuvieren presentes.

Áreas de la entidad que intervienen:

Gerencia Administrativa por medio de la Unidad de Compras

Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:

TSC-NOGECI V-05 INSTRUCCIONES POR ESCRITO Las instrucciones que se impartan a todos y cada uno de los funcionarios de la institución deben darse por escrito y mantenerse en un compendio ordenado, actualizado y de fácil acceso que sea de conocimiento general. De igual manera, las órdenes e instrucciones más específicas y relacionadas con asuntos particulares deben emitirse mediante nota o memorando a los funcionarios responsables de su cumplimiento.

Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:

Es necesario que las instrucciones sean emitidas de manera clara, concisa y por escrito, independientemente de que se encuentren impresas o disponibles en medios electrónicos.

10 Designación de la Comisión Evaluadora

Para la revisión y análisis de las ofertas presentadas, el órgano responsable de la contratación designara una Comisión de Evaluación la cual deberá estar integrada por tres (3) o cinco (5) funcionarios de amplia experiencia y capacidad, la cual deberá elaborar el informe de recomendación de adjudicación correspondiente.

Es importante señalar que no podrán participar en esta Comisión, quienes tengan conflicto de intereses que haga presumir que su

evaluación no será objetiva e imparcial; quien se encontrare en esta situación podrá ser recusado por cualquier interesado.

Áreas de la entidad que intervienen:	Autoridad competente del órgano responsable de la contratación.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-NOGECI III-05 DELEGACIÓN DE AUTORIDAD La delegación de funciones o tareas en un funcionario debe conllevar no sólo la exigencia de la responsabilidad por el cumplimiento de los procesos, actividades o transacciones correspondientes, sino también la asignación de la autoridad necesaria a fin de que pueda tomar las decisiones y emprender las acciones más convenientes para ejecutar oportunamente sus funciones de manera expedita y eficaz.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	La delegación de autoridad es también elemento esencial de un adecuado ambiente de control. Los servidores públicos a quienes se les exige responsabilidad por un asunto específico al interior de cada ente público y se les demanda la consecuente rendición de cuentas, también deben recibir la autoridad necesaria para el desempeño de la responsabilidad asignada.

11 Revisión de Ofertas

Integrada la Comisión Evaluadora esta procederá al análisis comparativo de las ofertas presentadas, tomando en consideración los requisitos, legales, técnicos y financieros establecidos en el pliego de condiciones del proceso y demás disposiciones preceptuadas en el Reglamento de la Ley de Contratación del Estado.

12 Emisión del Informe de Recomendación de Adjudicación

Terminada la evaluación la Comisión Evaluadora presentará al titular del órgano responsable de la contratación, un informe de recomendación de adjudicación debidamente fundamentado.

Áreas de la entidad que intervienen:	Comisión evaluadora.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-PRECI-04: EFICIENCIA El nivel óptimo de eficiencia en la prestación de los servicios o en logro de los objetivos, metas o resultados presupuestados de un ente público, es el resultado final esperado del control interno de gestión.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	La evaluación de la eficiencia puede efectuarse respecto a una actividad, operación, unidad o área de la gestión o totalmente sobre la gestión.

13 Resolución de Adjudicación

El órgano responsable de la contratación tomando en consideración el informe de recomendación de adjudicación procederá a emitir una resolución administrativa en la cual establecerá la adjudicación del proceso.

Áreas de la entidad que intervienen:	Autoridad competente del órgano responsable de la contratación.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-NOGECI V-09 SUPERVISIÓN CONSTANTE La dirección superior y los funcionarios que ocupan puestos de jefatura deben ejercer una supervisión constante sobre el desarrollo de los procesos, transacciones y operaciones de la institución, con el propósito de asegurar que las labores se realicen de conformidad con la normativa y las disposiciones internas y externas vigentes, teniendo el cuidado de no diluir la responsabilidad.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	La supervisión es un recurso y una obligación de todo funcionario que realice funciones de administración a diversos niveles.

13.1 Tercera Etapa: Contratación

La etapa de contratación tiene como propósito formalizar las obligaciones y derechos que se dan entre el órgano responsable de la contratación y el oferente adjudicatario como resultado del proceso de selección.

13.1.1 Elaboración y Suscripción del Contrato

El contrato se formalizará mediante la suscripción del documento correspondiente, el cual será firmado por la autoridad competente del

13.1.1 Elaboración y Suscripción del Contrato

El contrato se formalizará mediante la suscripción del documento correspondiente, el cual será firmado por la autoridad competente del órgano responsable de la contratación y el representante legal del oferente adjudicatario.

Áreas de la entidad que intervienen:	Autoridad competente del órgano responsable de la contratación.
Sujetos externos a la entidad:	El oferente adjudicatario.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-NOGECI V-09 SUPERVISIÓN CONSTANTE La dirección superior y los funcionarios que ocupan puestos de jefatura deben ejercer una supervisión constante sobre el desarrollo de los procesos, transacciones y operaciones de la institución, con el propósito de asegurar que las labores se realicen de conformidad con la normativa y las disposiciones internas y externas vigentes, teniendo el cuidado de no diluir la responsabilidad.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	La supervisión es un recurso y una obligación de todo funcionario que realice funciones de administración a diversos niveles.

13.2 Cuarta Etapa: Administración del Contrato

La etapa de administración del contrato tiene como finalidad supervisar la entrega y recepción de los bienes a fin de verificar que la calidad y condiciones de los suministros sean conforme a las especificaciones técnicas establecidas por el órgano responsable de la contratación.

13.2.1 Entrega de los Bienes / Recepción de Servicios

Los bienes deberán ser entregados de conformidad con las condiciones del contrato, es decir, dentro de los plazos convenidos y con la calidad técnica especificada.

EL CONTROL SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN HONDURAS

Áreas de la entidad que intervienen:	Gerencia Administrativa por medio de la Unidad de Compras.
Sujetos externos a la entidad:	El oferente adjudicatario.
Principio/ Precepto / Norma de control interno aplicable:	TSC-NOGECI V-09 SUPERVISIÓN CONSTANTE La dirección superior y los funcionarios que ocupan puestos de jefatura deben ejercer una supervisión constante sobre el desarrollo de los procesos, transacciones y operaciones de la institución, con el propósito de asegurar que las labores se realicen de conformidad con la normativa y las disposiciones internas y externas vigentes, teniendo el cuidado de no diluir la responsabilidad.
Descripción del principio, precepto y/ o norma de control interno:	La supervisión es un recurso y una obligación de todo funcionario que realice funciones de administración a diversos niveles.

El Control sobre los Contratos Administrativos

Ismael Farrando*

1 Breves Referencias sobre “Prerrogativas” o “Potestades” y “Facultades” de la Administración

Es por todos conocidos que en *Francia*, desde las primeras épocas de desarrollo de nuestra disciplina -el Derecho Administrativo-, se puso un especial énfasis en la búsqueda de una *clara división entre contratos administrativos y civiles de la Administración, a efectos de precisar la competencia de sus tribunales especiales en materia de cuestiones vinculadas a la Administración pública*. En este contexto, el Consejo de Estado francés desarrolló una doctrina que puso especial relevancia en la presencia de *cláusulas exorbitantes* al derecho común en los contratos celebrados por la administración.

Como bien fue sintetizado por Pérez Hualde:

“Estas cláusulas son aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo a su cocontratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público”¹.

* Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (1977). Posgraduado en Gestión de Organizaciones Públicas (UNCuyo 1989-1990) y en Reforma del Estado (UNCuyo, 1992). Profesor titular regular de la Cátedra de Derecho Administrativo “I” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo –por concurso, 1995 y continúa-; de la Cátedra “A” de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (2005 y continúa) y del Área Seminarizada de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la UNCuyo (2008 y continúa). Profesor de Cursos de Posgrado de la Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales de: Cuyo, Tucumán, Córdoba, Nordeste y del Comahue; de la Universidad de Mendoza, Austral, Católica de Cuyo y de Seminarios en la Universidad de Belgrano. Ex Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la UNCuyo (1997). Ex miembro del Consejo Directivo de esa Facultad por los Profesores Titulares (1999-2008). Ex Decano de la

En esta óptica, “la actividad contractual de la Administración es extraña a las actividades privadas y, consecuentemente, admite que a la misma se le reconozca una suerte de *poder de mando unilateral*. Esto ocurre como consecuencia de que la Administración sustrae una actividad que se encuentra sometida a las leyes ordinarias que rigen a las actividades privadas y le determina sus condiciones de organización sobre la base de normas imperativas que son inaccesibles a las personas privadas”².

Por cierto que además de la tradicional³, también la bibliografía *francesa* contemporánea⁴ recoge y desarrolla la *problemática de las “prerrogativas exorbitantes del derecho común”* en contratos administrativos a la luz de los principios que inspiraron en esa Nación la creación pretoriana de esta categoría.

En la Argentina, es por demás conocida la enriquecedora polémica llevada a cabo entre los profesores Juan Carlos Cassagne⁵ y Héctor

Facultad de Derecho de la UNCuyo por dos períodos (2008-2011 y 2014-2018). Autor de numerosos trabajos en su especialidad publicados en el país, España, México, El Salvador, República Dominicana, Perú, Brasil y co-autor y Director de varias obras colectivas donde sobresalen el “Manual de Derecho Administrativo” (1996-1999-2000) y “Contratos Administrativos” (2003).

- 1 Alejandro Pérez Hualde, *Contratos Administrativos: Versión crítica*, en Ismael Farrando, Director, y otros, *Contratos Administrativos*, Prólogo de Agustín Gordillo, Bs. As., Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, p. 439.
- 2 Pérez Hualde, en *Contratos Administrativos, ob. cit.*, p.440.
- 3 Gastón Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Traducción de Julio N. San Millán Almagro de la 3ª edición francesa “Les principes généraux du droit administratif, Tº III, Bs. As., Depalma, 1949 y Francis-Paul Benoit, *El derecho administrativo francés*, Madrid, Centro de Estudios Administrativos, 1977, ps. 713/812. En el presente párrafo seguimos lo expuesto en un trabajo anterior, ahora actualizado, cfr. Farrando Ismael, *Potestades y prerrogativas en el Contrato Administrativo*, en: “La Contratación Pública”; 2 tomos, de Cassagne, Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique – Directores- ISBN 950-741-281-6, 1º Edición, Bs. As., Editorial Hammurabi, 2007, p. 1248 y s.s.
- 4 Jean Rivero -Jean Waline, *Droit administratif*, 17º édition, Dalloz, Paris, 1.998, ps. 115 y s.s.; Jean-Claude Venezia - Yves Gaudement; *Droit Administratif*, 16º édition, L.G.D.J., France, 1.999, ps. 251 y s.s. ; Georges Dupuis, Marie-José Guédon y Patrice Chrétien, *Droit Administratif*, 6º édition, Paris, Armand Colin, 1998, p. 381 y s.s. y Pierre-Henri Chaldivan – Christine Houteer, *Droit Administratif. Manuel Pratique*, Paris, Nathan Université, 1996, p. 163 y s.s
- 5 Juan Carlos Cassagne, *Un intento infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo*, en E.D., Tº 180-773; y *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)*, en E.D. 188-942.

Mairal⁶, en la cuál terciaron luego Barra⁷, Bianchi⁸ y Sarmiento García⁹ en cuanto a la *sustantividad* o no del contrato administrativo; polémica que trascendió las fronteras nacionales por su nivel y aportes, mereciendo también el comentario de autores extranjeros¹⁰.

La cuestión tampoco ha sido ajena en su tratamiento en casi todos los demás países latinoamericanos¹¹, donde se advierte una fuerte influencia francesa y aún de la doctrina argentina tradicional (Bielsa, Marienhoff y Díez).

Por último respecto de esta parte introductoria, destacamos que esta discusión acerca la categoría especial o *sustantividad* del contrato administrativo, no se ha presentado ni en Italia ni Alemania; ni tampoco en

-
- 6 Héctor A. Mairal: *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, en E.D. T° 179-655; y *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, en E.D. T° 180-849, donde fundamentalmente señala que su crítica se dirige a la posibilidad de la construcción de una teoría general del contrato administrativo, según la cuál existirían cláusulas exorbitantes implícitas en ciertos contratos que celebra el Estado; en reglas que se imponen a la voluntad de las partes más allá de las estipulaciones contractuales, y aún en contradicción con ellas, pese a no estar previstas en texto alguno; señalando que "esa teoría no hace más que generalizar las reglas de la concesión de servicios públicos y del contrato de obra pública a todos los contratos que el Estado celebra". Véase también de este autor: *La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*, en "El Contrato Administrativo en la actualidad", Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, Director Agustín Gordillo, Bs. As., La Ley, mayo de 2004, p. 3 y s.s.; y compárese con los agudos comentarios de Alejandro Pérez Hualde, *Contratos Administrativos: Versión crítica*, en Ismael Farrando (h.), Director, *Contratos Administrativos*, Prólogo de Agustín Gordillo, Bs. As., Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, p. 439/441 y 469/471.
- 7 Rodolfo Carlos Barra, *La sustantividad del contrato administrativo*, en E.D. T° 182-1029
- 8 Alberto B. Bianchi, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*, en E.D., Diario N° 9877 del 28/10/99.
- 9 Jorge H. Sarmiento García, *Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al "Contrato Administrativo"*, en E.D., 22-12-98, p. 4; conceptos ratificados luego en *El Derecho Público y los contratos de la Administración*, en Estudios de Derecho Administrativo II, IEDA, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 2000, p. 93 y s.s.
- 10 Cfr. Santiago González-Varas Ibáñez, *El debate sobre la figura del contrato administrativo*, en *Rev. de Derecho Administrativo (RDA)*, 2003, Año 15, Bs. As., Lexis Nexis, 2003, p. 289/291.
- 11 Por ejemplo, en Méjico: véase a Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, 8° ed., Méjico, Ed. Porrúa, 1960, ps. 424 y 426 y a Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, Méjico D.F., Librería de Manuel Porrúa S.A., 1959, p. 742; Colombia: Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, 9° ed., Bogotá, Ed. Temis S.A., 1987, p. 313 y s.s.; Ecuador: Ramiro Borja y Borja, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Bs. As., Depalma, 1985, p. 183 y s.s.; Bolivia: Julio Alberto d'Avis S., *Curso de Derecho Administrativo*, La Paz, Editorial Letras, 196°, p. 369 y s.s.; Uruguay: Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, 4° edición puesta al día por Daniel H. Martins, Montevideo, 1974, p. 528 y s.s.; Felipe Rotondo Tornaría, *Manual de derecho administrativo*, T° 2, Montevideo, Editorial Universidad Ltda., 1983, p.144 y s.s y Carlos E. Delpiazzo, *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 1999; Paraguay: Luis Enrique Chase Plate, *Los contratos públicos*, Asunción del Paraguay, Intercontinental Editora, 1998; Chile: Enrique Silva Cimma, con la colaboración del Aliro Verdugo Lay, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1995, p. 163 y s.s.

los países anglosajones donde, por imperio del “*rule of law*”, impera el sometimiento de la Administración al derecho común¹².

Ahora bien, señalado lo precedente, tenemos que señalar como un hecho cierto que la mayoría de la doctrina, como la legislación (lo que le ha dado al tema autoridad normativa) ha reconocido que además de los derechos y obligaciones “*normales*” – podríamos decir- que cuenta la Administración como ente contratante en los contratos administrativos, también goza, paralelamente, de “*prerrogativas*” en la ejecución de los mismos, que serían “*diferentes*” a sus derechos o facultades “*normales*” de contratante.

Al igual que en toda contratación, la administración tiene derecho a exigir el cumplimiento estricto de la prestación contratada. *También tiene derecho a exigir que ese cumplimiento se produzca en término, dentro del plazo contractual*. Pero estas exigencias pueden ser enfocadas desde otro punto de vista consistente en la consideración de las facultades que la administración goza en su carácter de tal en la ejecución del contrato¹³.

Estas denominadas “*prerrogativas*”, como se ha reconocido en doctrina¹⁴, jurisprudencia¹⁵ y se ha establecido posteriormente en forma legislativa – por delegación¹⁶, se ponen de manifiesto con la presencia explícita o implícita de las denominadas *cláusulas exorbitantes* al derecho privado.

Sería útil delimitar previamente con exactitud — pero lamentablemente no es este el lugar ni el momento — los alcances, coincidencias o diferencias entre los conceptos que utiliza la doctrina sobre “*potestad*”, “*poderes*” o “*prerrogativas*” de la Administración en los tópicos que aquí nos proponemos analizar. En un postura aún más extrema, en cuanto a la fuerza y extensión del concepto — y por cierto sus efectos jurídicos —, existieron autores como Berçaitz en Argentina, que aún se referían a “*privilegios*” de la Administración¹⁷.

12 Ismael Farrando (h.), en Ismael Farrando (h.) – Patricia Martínez, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Bs. As., Depalma, Reimpresión 2000, p. 40 y s.s. y Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, T° I, cit., p. 326 y 334/335.

13 Alejandro Pérez Hualde, en Ismael Farrando (h.) – Patricia Martínez, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Bs. As., Depalma, Reimpresión 2000, p. 323.

14 Ampliar en Juan Carlos Cassagne, *La supervivencia de la figura del Contrato Administrativo*, en Cassagne, Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique -Directores-, “La Contratación Pública”; 2 tomos, 1° Edición, Bs. As., Editorial Hammurabi, 2007, Cap. I.

15 CS, in re “*Dulcamara*”, 28/3/90, *Fallos 313:376* y “*Cinplast*”, 02/3/93, *Fallos 316:212*.

16 Art. 12 del RCAN (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional) Dto. Delegado 1023/01.

17 Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría General de los contratos administrativos*, 2° ed., Bs. As., Depalma, 1980, ps 360/362.

No obstante esta seria limitación prefijada por el objeto de la presente ponencia, enunciamos con Cassagne, que distingue el “*régimen exorbitante*” de la “*cláusulas exorbitantes*” (el primero, además de las potestades de “*imperium*”, abarcaría también las garantías del particular para compensar las prerrogativas, vgr., el mantenimiento de la ecuación económico – financiera, institución que también es ajena al derecho privado); la siguiente síntesis:

"1) Toda prerrogativa es en definitiva una potestad; pero no siempre es al revés; 2) la prerrogativas es una potestad pública caracterizada por el imperium estatal; 3) es irrenunciable; 4) no tiene como contrapartida una obligación del administrado; 5) no existe un sujeto obligado sino una “situación pasiva de inercia”¹⁸.

Ahora bien, prefijado el concepto de “*prerrogativa*” y sus características, también tenemos que aceptar que nos debemos mantener dentro de los principio del Estado de Derecho, y que, desde una óptica estrictamente basal enmarcada en los principios y límites jurídicos que deben aplicarse a todas las instituciones del Derecho Administrativo argentino, deberíamos también aceptar *a priori* que:

Primero, que como bien dice Gordillo, la Administración no pueda actuar sin una fundamentación legal, que es lo que pone en ejecución el *principio de legalidad* al que está sometido la Administración¹⁹.

Y segundo, y como consecuencia de aquél, que los “*poderes*” o “*potestades*” de la Administración no pueden ser entendidos al margen del concepto de “*competencia*” del órgano u ente que la ejerce.

En éstos términos, debemos concluir entonces en este estadio preliminar, *que la competencia limita y le otorga fronteras a las “potestades” o “prerrogativas”,* ya que, la competencia administrativa solo emana de la ley y no puede ejercerse sin la previsión normativa que la justifique, ya sea en lo explícito que la norma regla, o en lo “razonablemente” explícito en ella.

Ello se explica, conforme lo que coincidente con estos términos se ha señalado en doctrina, ya que,

“...las potestades — que son atribuciones — integran el concepto de competencia, la cuál está determinada por el derecho objetivo, y por consiguiente *como ninguna competencia puede existir en el*

¹⁸ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, T° II, Bs. As., Abeledo – Perrot, 1982, ps. 18/20.

¹⁹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 2, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 4° ed., 2000, V-21.

*ámbito del Derecho Administrativo sin una regla de derecho, no existe potestad administrativa sin una regla de derecho que la regule, lo que significa que en la base de toda afirmación de competencia (y por ende de potestad) habrá siempre un texto habilitante*²⁰.

En síntesis, como debemos aceptar también que “el hecho de la existencia del contrato administrativo es un realidad”²¹ y en él el Estado también ejercerse las facultades que le son propias para concretar la causa final de su existencia — que es el Bien Común — y que no puede renunciar tampoco en el ámbito de los contratos, lo que está en juego, en realidad, en las opiniones jurídicas encontradas sobre estas instituciones que la doctrina y jurisprudencia han debatido, es *si estas “facultades o prerrogativas” las ejerce en base a una característica propia del contrato administrativo que le otorga “sustantividad”; o si, por el contrario, también ejerce en el contrato administrativo —al igual que en la ejecución de los actos administrativos, por ejemplo —las potestades “generales” que como poder tiene el Estado en toda su actuación.*

Es decir que la cuestión puede plantearse de esta forma: *¿Esas “prerrogativas” “nacen” con el contrato o se “aplican al contrato” prerrogativas que antes el Estado ya tenía?*

Es indudable que cualquiera sea la respuesta, el efecto es el mismo: El Estado es poseedor de facultades para interceder, mutar y hacer cumplir los contratos administrativos. Y, diría parte de la doctrina, también las tiene para ejecutar los actos administrativos individuales, como para ejercer el poder reglamentario y controlar y hacer cumplir la ejecución de todos y cada uno de los reglamentos que la Administración pueda dictar.

Pero por otra parte también es otra realidad que el Estado, o el ente contratante que ejerza función administrativa, también tiene, y ejercerá en el transcurso del contrato, derechos y obligaciones que solo nacen al amparo y en virtud de las cláusulas contenidas expresamente en del mismo contrato. Podríamos decir, en el marco estricto, en este caso, del art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) — de la

20 Jorge Sarmiento García, *El ius variandi y los contratos de la administración*, en “Contratos Administrativos”, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 2000, p. 234 y en: *Los actos de gravamen en el Derecho Público*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Obra Colectiva, Tº I, Depalma, Bs. As., 1995, ps.51/57. La letra itálica en el texto nos pertenece. Sobre el concepto de “potestad”, puede ampliarse en Emilio Suñé Linás, *Sobre el concepto de potestad*, “Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi”, Civitas, Madrid, 1989, ps. 1342/1370.

21 Pedro José Jorge Coviello, *El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, en “Contratos Administrativos”, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 2000, p. 83.

República Argentina que rige actualmente- y que enmarcaría la “*parte conmutativa*” del contrato.

Por ello, estimamos que, al menos didácticamente y con el ánimo de poder tener una mayor claridad *en qué caso se ejercen las facultades estrictamente “contractuales” y en qué casos se ejercen aquellas “prerrogativas” que devienen, no del contrato mismo, sino del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, y que ejerce el Estado como poder (lo que contribuirá a deslindar y precisar los límites de cada una de ellas), sería necesario tratarlas a ambas con distintas denominaciones.*

Nos parece entonces que, habida cuenta de ello, podríamos usar el concepto “*facultad*” para denominar a *los derechos de la Administración que surgen directa y propiamente de los pliegos licitatorios y del contrato*, y denominar “*prerrogativas*” a las que ejerce en virtud del ordenamiento jurídico aplicable al contrato; éstas últimas, ejercidas por el Estado como poder público ostentado en aras de custodiar el interés general.

Pero, y ésto es importante, para ambas (tanto para las “*facultades*” como para las “*prerrogativas*”) debemos sostener que a las dos deben aplicarse los principios que hemos atribuido al concepto “*potestad*” relacionada con “*competencia*”, *en el sentido que no existe competencia sin habilitación normativa previa.*

Y pensamos que nuestra postura no es contradictoria con el Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN, en adelante) de Argentina, Dto. Delegado 1023/2001²² — que ha sido tildado aún de “*normativizar*” la teoría de las “*cláusulas exorbitantes*”, ya que, en la enunciación del Art. 12, referido a las “*Facultades y obligaciones de la autoridad Administrativa*”, se dispone que dicha autoridad:

“...tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual”.

Es decir que, el RCAN argentino señala en forma precisa que las facultades o potestades de la Administración a las que se refiere, son propiamente las que instaura “*ese*” régimen o las que surjan de la “*legislación específica*” o de los “*pliegos o bases contractuales*”. *A contrario,*

²² Dto. Delegado 1023/2001, B.O. (Argentina) del 16/08/2001, reglamentado por el Dto. 1030/16 del 15/09/16 (B.O. 16/09/16), modificado parcialmente por el Dto. 963/18 del 26/10/18, (B.O. 29/10/18).

debemos sostener entonces que *no hay “prerrogativas” por “fuera” de ese régimen, del pliego, del contrato, o de la legislación específica; lo que circunscribe y delimita con claridad a las denominadas “prerrogativas” a una fuente previa de atribución de competencia: ya sea contractual o legal.*

Así, y en conclusión, tanto para las “*facultades*” como para las “*prerrogativas*” la habilitación normativa previa será solamente el pliego de condiciones, el contrato mismo o la ley.

Y en ambas, *el límite de su ejercicio*, será el propio texto que las habilita y los principios de la Constitución Nacional (fundamentalmente, en Argentina, en sus arts. 19, 28 y 31), ya que, *tanto las “facultades” como las “prerrogativas”* (en la división didáctica que pretendemos realizar) *están dentro del derecho y deberán ser ejercidas dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico les impone*, fundamentalmente: el cumplimiento estricto del principio de legalidad (art. 19 C.N.); la garantía constitucional de razonabilidad, el cumplimiento de los límites técnicos, la buena fe y la ausencia de todo abuso o desviación de poder (art. 28 CN); como también, *la conciencia permanente y continua de tener en todo tiempo y en todos los casos a la Constitución como norma suprema, aplicándola directamente por sobre toda ley, reglamento o disposición administrativa que la contravenga* (art. 31).

2 La Dirección y el Control sobre los Contratos Administrativos

Por lo que venimos exponiendo, es evidente entonces, que una de las “*facultades*” más directas de control que tiene la Administración sobre los contratos administrativos *es el “control específico” y “propia mente dicho” que efectúa la Administración en forma directa -a través de los funcionarios públicos designados específicamente para ello-, para supervisar la ejecución contractual, en el sentido que el contratista cumpla con sus obligaciones determinadas en el pliego y en el contrato, y que éste se pueda concluir en el tiempo previsto para ello.*

En efecto, la Administración –por ejemplo, en el contrato de obras públicas- designará a un “*inspector de la obra*” que, a través del medio específico de las “*órdenes de servicio*”, hará saber al contratista, a través de una comunicación formal con el representante técnico de éste (que se comunicará, a su vez, y también por escrito, con el inspector de la obra a través de las “*notas de pedido*”), cuáles son las instrucciones y

recomendaciones para que se vayan cumpliendo, conforme a la curva de trabajo correspondiente, todas y cada una de las obligaciones contractuales del contratista. Todo ello, con el fin de llegar a la *extinción natural del contrato que es el cumplimiento de su objeto*, esperable, en el tiempo contractual prefijado.

En la legislación nacional argentina, en el ya citado RCAN, se establece en su art. 12 inc. b), dentro de las facultades de la autoridad administrativa, *“el poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación”*.

En la Provincia de Mendoza, Argentina, el art. 132 inc. i) de la Ley de Administración Financiera vigente²³ señala que: *“... (el órgano licitante) ejercerá el poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación, sin perjuicio del control que realice el órgano rector”*.

La justificación de esta facultad está reconocida sobre la base que la Administración pública, en función de los fines generales del Estado, *debe controlar la “forma” y el “modo” como el cocontratante cumple con las obligaciones asumidas en el contrato; ya que, aquélla, tiene el deber de asegurar la buena marcha de los asuntos públicos*.

Es evidente que esas *“formas” o “modos” de ejecución contractual dependerán esencialmente del contrato administrativo de que se trate*²⁴, ya que, las particularidades de cada uno de ellos serán las que determinarán, en definitiva, las *“formas” y los “modos” de la Administración para controlar la ejecución de dichas obligaciones por parte del contratista*.

Por ende, *“la naturaleza del contrato de que se trate, el ejercicio de la facultad de control será más o menos intenso*. Así en el contrato de concesión de servicios públicos la presencia de la dirección y control del Estado serán más que imprescindibles, mientras que en un contrato de locación de inmueble será, seguramente, más tenues. La importancia del fin público directamente comprometido en un contrato y el grado de prerrogativas otorgadas al cocontratante particular frente a los terceros,

23 Ley 8706/2014, reglamentada por Decreto 1000/15.

24 Puede ampliarse en Andrea J. Lara, *Dirección y control. La prerrogativa de dirección y control. Ejercicio. Diferencias con las facultades de dirección y control en otros contratos regidos por el derecho civil y comercial*, en Ismael Farrando (h.), Director, *Contratos Administrativos*, Prólogo de Agustín Gordillo, Bs. As., Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, ps. 509/527, donde se refiere pormenorizadamente al ejercicio de esta facultad en los contratos de obra pública; concesión de obra pública; suministro; concesión de servicios públicos; empréstito público; función pública; consultoría; transporte, locación y compraventa.

serán los que determinarán en el caso concreto, el nivel de dirección y control necesarios por parte de la Administración”²⁵.

Los *medios* para llevar a cabo esta facultad son diversos, y, como ya se dijo, dependerá del contrato de que se trate²⁶.

Respecto del contrato de *obra pública*, Lara consigna que: “... *la dirección y el control abarcan*: los aspectos más variados de la obra, técnicos, legales, contables, financieros, laborales, previsionales, sobre los lugares, las personas, las cosas, de calidad y de seguridad de la obra. Específicamente suele comprender: la evaluación y aprobación de las distintas etapas de los trabajos de ingeniería, la emisión de las ordenes necesarias para ello, la interpretación y control de la aplicación de la documentación contractual y de la que en virtud de ella se produzca luego como consecuencia de la ejecución de los trabajos, tanto en los aspectos técnicos como administrativos, control de la cantidad y tipo de investigaciones, de la calidad y aceptabilidad de materiales usados o por usarse, la estabilidad y resistencia de las estructuras, adecuada puesta en funcionamiento, operación y mantenimiento de las obras, inspección de los proyectos en su desarrollo, requerimiento de todos los informes sobre desarrollo de los proyectos, materiales empleados o acopiados, suministros a proveer e instalar, puede ordenar el reemplazo de elementos defectuosos, tiene poderes de superintendencia sobre los campamentos de obras y otras instalaciones del emplazamiento, posee poderes de verificación en fabrica, verificación de acopio, constatación de ensayos y en general todos aquellos que le han sido delegados por la autoridad de aplicación y determinados en el contrato dentro de la esfera de su competencia”²⁷.

No obstante, para un sector doctrinario que podríamos denominar tradicional en la doctrina argentina en materia de contratos administrativos (Berçaitz y Escola), basados fundamentalmente en autores de origen francés, la dirección y control serían una potestad que no hace falta que surja “ni mucho menos” del contrato, sino que le es “inherente” a la Administración; y va “mucho más allá de las posibilidades que en el contrato de derecho común tienen las partes para vigilar el cumplimiento de las prestaciones que están a cargo de la otra”; señalándose, también,

25 Alejandro Pérez Hualde, en Ismael Farrando (h.) – Patricia R. Martínez, Directores, *Manual de Derecho Administrativo...*, p. 325.

26 Andrea J. Lara, *Dirección y control...*, en Ismael Farrando (h.), Director, *Contratos Administrativos...*, cit., ps. 511.

27 Andrea J. Lara, *ibidem*.

que “no depende de que haya sido prevista expresamente en las convenciones que constituyen los contratos administrativos, sino que existe, al contrario, con toda plenitud aún en ausencia de cláusulas de ese tipo”²⁸.

Por el contrario, modernamente Cassagne, en postura que compartimos, ha sostenido que *debe surgir de forma expresa del ordenamiento o de las cláusulas de cada contrato*²⁹.

Se basa en definitiva esta facultad en el hecho de que la Administración no podría “permanecer ajena” a la manera como se va desarrollando el contrato administrativo, ni a las formas como van cumpliéndose las prestaciones³⁰.

Para llevar a cabo estas facultades de dirección y control, se ha señalado que abarcan cuatro aspectos fundamentales, a saber:

- a) materiales;
- b) técnicos;
- c) financieros; y
- d) legales.

Por el aspecto *material* se determina si el contratista cumple o ejecuta las prestaciones a su cargo. Por el *técnico*, se tiende a determinar si en la ejecución del contrato se cumplen los requisitos de ese tipo que deben observarse, como por ejemplo, la adecuación del proyecto ejecutivo, al definitivo, en el caso del contrato de obra pública. Por el aspecto *financiero* se verifica la adecuación de las inversiones, plan de acopios, la fijación de tarifas, etc. Y por último, por el aspecto *legal*, se precisan las condiciones jurídicas impuestas por el contrato, se ejerce el control sobre los poderes otorgados al cocontratante respecto a terceros, etc.³¹

Por último sobre el particular, hay que tener en cuenta que, como una condición necesaria para la etapa y el proceso de las privatizaciones que se llevaron a cabo durante la década del '90 en la República Argentina, como de los postulados que surgen de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 (art. 42), es crucial para el ejercicio de esta potestad de control en materia de servicios públicos la necesidad de la existencia y la acción de los *entes reguladores*³², como la implementación de las

28 Escola, *Tratado Integral ...*, Vol I, p. 388, con citas de Berçaitz, *Teoría general ...*, p. 288 (edición de 1952) y de Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p.308. En el mismo sentido Marienhoff, *Tratado...*Tº III-A, p. 394, N° 736.

29 Juan Carlos Cassagne, *El Contrato administrativo, cit.*, 1999, p. 69.

30 Escola, *Tratado Integral ...*, Vol I, p. 387.

31 Andrea J. Lara, *Dirección y control...*, en Ismael Farrando (h.), Director, *Contratos...*, *cit.*, ps. 507/508 y Escola, *Tratado integral ...*, Vol I, p. 389.

32 Puede ampliarse sobre el particular en: Carina Cocuelle, *Control y entes reguladores*, en Ismael Farrando (h.), Director, *Contratos Administrativos*, Prólogo de Agustín Gordillo, Bs. As., Lexis Nexis

audiencia públicas y demás mecanismos de información pública que prevean la consulta o participación previa de los interesados y usuarios en las mecanismos previos de sanción de normas reglamentarias que podrían involucrarlos o afectarlos *a posteriori*; temática que, por el objeto de la presente ponencia, no será de nuestro tratamiento.

3 La Otra Cara del Control: Las Sanciones Contractuales

Podemos decir que, *la “otra cara” del control -que como “facultad” — realiza la Administración sobre los contratos administrativos son las “sanciones contractuales”*. Ello importa e implica la posibilidad concreta que tiene la Administración de ejercer una coerción legal sobre la otra parte, para que se cumplan las obligaciones en cualidad, tiempo y forma.

Por ello, respecto de las *sanciones contractuales*³³, debemos expresar que están pensadas en aras de obtener la efectiva ejecución del contrato y han sido concebidas como una derivación consecuente de la facultad de “dirección y control”³⁴.

Es muy importante tener en claro, entonces, que las sanciones que la Administración puede aplicar como consecuencia de su poder de dirección y control en la ejecución de los contratos administrativos, es de *naturaleza contractual*, distinta a las sanciones administrativas³⁵ que puede imponer en el ejercicio de sus facultades de policía.

– Abeledo Perrot, 2002, ps. 529/550. Ver también, entre muchos: Ismael Farrando (h.), *Puntos referenciales de la situación de los servicios públicos antes y después de la reforma del Estado de 1989*, en “Estudio de Derecho Administrativo” Tº III, IEDA, Ed. Diké, Mendoza, 2000, p. 195 y s.s.; *La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos*, en *Los Servicios Públicos. Régimen jurídico actual*, en Obra Colectiva, Jorge Sarmiento García, Ismael Farrando (h.) y otros, Coordinadora: Marta González de Aguirre; Bs. As., Depalma, 1994, Cap. II, págs.23/62; *La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios*, en “Servicios Públicos”, II Jornadas nacionales sobre Servicios Públicos, UNCuyo, Universidad Austral y Universidad Católica de Cuyo, Ed. Diké, 2001, p. 163 y *Servicios Públicos y Privatizaciones*, en AeDP Nº 7, Mayo – Agosto de 1998, Bs. As., Ed. Ad – Hoc, 1998, ps.147/168; Alejandro Pérez Hualde, *El concesionario de servicios públicos privatizado. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Bs. As., Depalma, 1997; la excelente obra de Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, Tº 1, Desarrollo histórico, régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina, Bs. As., Ábaco, 2001 y Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 2, 4º ed., Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Cap. VII.

33 Sintetizamos aquí, muy brevemente, lo ya expuesto por nosotros en “*Sanciones Contractuales*”, en Ismael Farrando (h.), Director, *Contratos Administrativos*, Prólogo de Agustín Gordillo, Bs. As., Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, Cap. XXI, ps. 567/585, lugar a donde remitimos.

34 Juan Carlos Cassagne, *El Contrato administrativo ...*, cit., p. 69.

35 Sobre sanciones administrativas puede verse, entre muchos a José Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, prólogo de Tomás-Ramón Fernández, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, ps.19 y s.s; Blanca Lozano, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Estudio Preliminar de Ramón Parada, Marcial Pons, Madrid, 1990, ps. 40 y s.s.; Susana Lorenzo, *Sanciones Administrativas*, Prólogo del Dr. Eduardo García de Enterría, Julio

Lo esencial en el contrato administrativo no es castigar al cocontratante por sus faltas, sino asegurar la realización del servicio, de la obra, del suministro, o de la satisfacción de la necesidad pública comprometida. Es decir, la finalidad de las mismas no es el “castigo” sino, por el contrario, el aseguramiento de que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha comprometido por contrato.

Hemos entendido por nuestra parte que la sanción contractual para ser válida debe estar prevista en el contrato, en los pliegos licitatorios que obviamente integran a aquél, o en la ley. Esta postura ha sido también aceptada en el derecho administrativo uruguayo³⁶. Consecuentemente, hemos sostenido³⁷ que le son de aplicación a las sanciones administrativas todos los principios del derecho penal referidos al *debido proceso*, “*nullum crimen sine lege*”, “*in dubio pro reo*”, “*non bis in idem*”, etc.³⁸. De estos principios aplicables a las sanciones administrativas, somos de opinión que el del “*nullum crimen sine lege*” es plenamente aplicable a las sanciones contractuales; ya que, aplicar una sanción no prevista ni en el contrato ni en el pliego, ni en la ley que regle el contrato, se violaría dicho principio (“*nullum crimen sine lege*”).

Es decir que, en materia de sanciones contractuales, también necesitamos de una previsión anterior que tipifique dicha sanción para que ésta pueda tener validez, una vez ocurrido el incumplimiento que la justifique. Si la previsión anterior de la sanción no existe, la sanción será nula.

Respecto de la “clasificación” de las sanciones contractuales, pensamos con Marienhoff³⁹ que correspondería efectuar las tres categorías siguientes: 1^o) *Sanciones pecuniarias*: Cláusula penal, multas, daños y perjuicios; 2^o) *Medidas coercitivas provisionales*: ejecución directa, compra o fabricación por cuenta del proveedor; 3^o) *Medidas represivas definitivas*: caducidad, rescisión unilateral.

César Faira – Editor, Montevideo, 1996; Miguel Montoro Puerto, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta S.A., 1965, p. 328 y s.s; Ernesto Seguí, *Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del estado*, Ed. Juris, Rosario, 1993, p. 63; Enrique R. Aftalión, *Derecho Penal Administrativo*, Con la colaboración de Laureano Landaburu, Julio César Cueto Rúa y Carlos Jáuregui, Ed. Arayú, Bs. As., 1955, ps. 99/100 y Bartolomé Fiorini, *Poder de policía*, Ed. Alfa, Bs. As., 19958, ps. 297 y s.s.

36 Susana Lorenzo de Viega Jaime, *Sanciones Contractuales*, en *Contratación Administrativa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, ps. 97/98.

37 Ismael Farrando (h.), *Sanciones contractuales...*, *cit.*, ps. 572/573.

38 Cfr. Enrique R. Aftalión, *Derecho Penal Administrativo*, Bs. As., Ed. Arayú, 1995, ps. 99/100, con citas de Luis Jiménez de Asúa, Juan E. Coronas, Leonardo A. Colombo, Remo F. Entelmann, Ernesto R. Gavier, Eusebio Gómez, Carlos Jáuregui, Laureano Landaburu, Ricardo Levenne (h.), Francisco Menegazzi, F. Blasco Fernández de Moreda, Rodolfo Moreno, Ricardo Núñez, José Peco, Juan P. Ramos, Roberto Terán Lomas y Sebastián Soler.

39 Miguel S. Marienhoff, *Tratado...*, T^o III-A p. 412.

Por último y en síntesis de lo expuesto, decimos por nuestra parte⁴⁰ que para la aplicación de las sanciones contractuales se requiere:

1. Previsión en el contrato, en los pliegos licitatorios o en la ley que rija al contrato;
2. No deben considerarse a las sanciones como resarcitorias;
3. No son persecutorias;
4. Necesitan de una intimación previa dando la oportunidad de cumplimiento y constitución en mora — formal y fehaciente — al incumplidor de las obligaciones contractuales;
5. No existe automaticidad en la aplicación;
6. Deben ser proporcionales con el incumplimiento que las justifica, es decir, *razonables*⁴¹;
7. Deben tenerse en cuenta en cuanto a su aplicación los siguientes principios del Derecho Penal: *debido proceso*, *“nullum crimen sine lege”*, *“in dubio pro reo”* y *“non bis in idem”*;
8. Es contrario a derecho la aplicación de sanciones no previstas en los pliegos, en el contrato o en la ley; caso contrario, las tornarían “inexistentes”;
9. Puede solicitarse la rescisión judicial o la indemnización de daños y perjuicios — si los hubieren — en sede jurisdiccional en el caso de incumplimientos contractuales que no tengan aparejada una sanción prevista con anticipación por la “ley” de las partes (el contrato y los pliegos);
10. Deben ser impuestas como corolario de un procedimiento administrativo que garantice ampliamente al co-contratante su derecho de defensa, esencialmente, la producción y control de la prueba propia como la de cargo que pueda haber aportado en el sumario la Administración.

4 Colofón: El “Contrato de Conciliación”

4.1 Alternativas Frente al Incumplimiento y la Sanción

Hemos visto en los capítulos anteriores la facultad de “control” sobre los contratos administrativos; como también, lo que hemos llamado “la otra cara del control” que son las *sanciones contractuales*.

Ahora bien, ¿existe alguna alternativa intermedia que, ante el incumplimiento del contratista en lugar de sanción —piénsese que la sanción máxima podría ser la rescisión contractual— pueda salvar la situación y no necesariamente sancionar?

Inexorablemente, ¿debe haber siempre sanción? O, como por ejemplo que tomamos del Derecho Penal, ¿en lugar de sanción puede haber una suerte de “*probation*”? que otorgue y nos dé otra posibilidad en el

40 Cfr.: Ismael Farrando (h.), *Sanciones contractuales...*, cit., ps. 576/577.

41 Cfr. Alejandro Pérez Hualde, *ob. cit.*, p. 326.

procedimiento administrativo de no extinguir el contrato y reconducirlo de alguna manera?

Entendemos por nuestra parte que sí, por cierto.

En Mendoza, República Argentina, la nueva ley de Procedimiento Administrativo⁴² consagra en el *inciso IV) del art. 112 quáter*, el denominado “*Contrato de conciliación en el procedimiento administrativo*”.

La norma específicamente dice:

“La autoridad administrativa puede, existiendo incertidumbre en la consideración razonable del asunto o de la situación jurídica y con discrecionalidad adecuada, celebrar un acuerdo en lugar de dictar un acto administrativo, con aquel que en lugar del contrato habría sido el destinatario del acto. Si el acto en sustitución del cual se celebra el contrato requiriera autorización, aprobación o acuerdo de otra autoridad, el acuerdo sólo produce efectos después que la otra autoridad haya cooperado en la forma prescripta.”

Dicho precepto, incorporado al Derecho Público Provincial mendocino hace muy poco a través de nueva ley 9003, creemos que es de gran utilidad y que podrá ser una herramienta formidable para evitar las sanciones (fundamentalmente las sanciones máximas, como la resolución o rescisión contractual) en aras de obtener un mejor resultado para la ciudadanía en la medida que se podrá obtener una obra pública demorada –por ejemplo- o cualquier objeto contractual de bien público que esté a punto de frustrarse.

Sintetizamos a continuación algunos antecedentes del Derecho Comparado que nos ratifican la utilidad de la norma recientemente incorporada al ordenamiento mendocino, que pensamos podrá colaborar, seguramente, en el bien común general de la ciudadanía posibilitando que los fines públicos del Estado — que se llevan a cabo a través del medio de los contratos administrativos —, se cumplan efectivamente.

4.2 Antecedentes del “Contrato de Conciliación”

4.2.1 En la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976

Es difícil no reconocer que los antecedentes de esta importante disposición que introduce la ley 9003 de Mendoza, República Argentina, en su art.

42 Ley 9003, B.O. de Mendoza del 19/09/2017.

112 quáter IV), no sean, en primer lugar, la ley de Procedimiento administrativo de Alemania de 1976 que influyó para que, posteriormente, ya sea en Italia como en España, se regularan similares figuras en la Ley italiana 241/1990 del 7 de agosto, y en España, a través de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) actualizada posteriormente por la Ley 39/2015 (de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), actualmente vigente.

El antecedente indudable de la norma en comentario es el *art. 54 de la ley de procedimiento alemana de 1976*, en su “Parte Cuarta”, refiriéndose al “*Convenio de Derecho Público*”, dice:

§ 54. *Admisibilidad del convenio de derecho público.* (1) “Mientras una norma jurídica no disponga otra cosa, una relación jurídica de derecho público puede ser creada, modificada o anulada mediante convenio (convenio de derecho público)”. (2) “*La autoridad especialmente puede, en vez de dictar un acto administrativo, concertar un convenio de derecho público con aquella persona a la que de otro modo dirigiría el acto administrativo.*”

Dicha disposición de correlaciona con el art. 55 siguiente de la misma ley alemana, que expresa:

§ 55. *Convenio de compromiso:* “Puede celebrarse un convenio de derecho público en el sentido del § 54, punto 2, cuando la autoridad estima necesaria la celebración de un *convenio de compromiso* basándose en la *adecuada ponderación de los hechos o situación jurídica para eliminar la incerteza de mutuo acuerdo con el interesado.*”

La Ley alemana también de 1976 regla la “*forma*” del convenio y prevé asimismo el supuesto que pueda estar *sujeto a autorización* el objeto del convenio, en sus *arts. 57 y 58* a saber:

§ 57. *Forma escrita:* “Un convenio de derecho público debe celebrarse por escrito siempre que una norma jurídica no disponga otra forma”. § 58. *Aprobación de terceros y autoridades:* “1) Un convenio de derecho público, que afecta derechos de terceros, sólo es eficaz a partir de la aprobación por escrito de los terceros afectados. 2) Concertado un convenio de derecho público, en vez de un acto administrativo cuya producción, de acuerdo con una norma jurídica *exige la autorización, aprobación o el acuerdo de la autoridad,* el convenio

sólo será eficaz cuando la citada autoridad haya intervenido en la forma prescrita”.

También, son reglamentados con puntillosidad los casos *de nulidad del convenio*, en el *art. 59* de la norma procedimental alemana de 1976, que entendemos ha sido fuente directa del inc. IV) del *art. 112* quáter, según las siguientes pautas: § 59. *Nulidad del convenio de derecho público*: “1) Un convenio de derecho público es *nulo* cuando resulte de la aplicación de lo dispuesto en el Código civil. 2) Además, un convenio de derecho público en el sentido del § 54, punto 2, es *nulo* cuando: 1. *Fuera nulo un acto administrativo que tuviera el mismo contenido*. 2. Un acto administrativo que tuviera el mismo contenido que el convenio que se suscribe *fuera ilegal por vicios distintos a los de simples defectos de forma* a que se refiere el §46, *y esta circunstancia fuera conocida por los contratantes*. 3. No se dan los presupuestos para la celebración de un convenio de compromiso y cuando un acto administrativo que tuviera el mismo contenido fuera ilegal por vicios distintos a los de simples defectos de procedimiento y de forma a que se refiere el §46. 4. *La autoridad estipule una contraprestación inadmisibles* de acuerdo con lo dispuesto en el §56. 3) Aun cuando la nulidad *sólo se refiera a una parte del convenio, éste es nulo en su totalidad, a no ser que pueda suponerse su celebración prescindiendo de la parte nula*.

También consignamos una importante disposición de la ley Alemana hecha referencia, respecto del cambio de circunstancias del convenio firmado, relativa a una suerte de “imprevisión” o “cambio relevante” de las condiciones que llevaron a la suscripción del convenio en cuanto a las prestaciones pactadas, *permitiéndose la rescisión del mismo*. Esta situación está prevista en el *art. 60*, en dos incisos (1 y 2) que dicen textualmente:

§ 60. *Adaptación y rescisión en supuestos especiales*: 1) Cuando con posterioridad a la celebración del convenio se hubieran modificado relevantemente las condiciones determinantes de la fijación de su contenido, de tal forma que no pueda exigirse a la parte contratante el cumplimiento de lo convenido, la parte contratante puede exigir la adaptación del contenido del convenio a las nuevas condiciones, y cuando no sea posible una adaptación o sea inexigible a una de las partes, puede rescindir el convenio. La autoridad también puede rescindir el convenio para evitar o eliminar graves perjuicios al bien

común. 2) La rescisión debe ser motivada y por escrito, salvo que una norma jurídica no disponga otra forma”⁴³.

Sobre este importante antecedente de la Ley Alemana ha dicho Molano López que:

“...La ley de procedimiento administrativo alemana de 1976 se ocupó detalladamente de regular los “*convenios de derecho público*”, institución que posteriormente inspira a la legislación italiana y a la legislación española para construir el estado actual de la figura. Los convenios de derecho público se conviven en Alemania como una alternativa al acto administrativo, esto es, como una alternativa a la decisión unilateral, por consiguiente, como una forma de terminar el procedimiento. La autoridad puede, en vez de dictar un acto administrativo, concertar un convenio de derecho público con aquella persona a la que de otro modo, dirigiría el acto”⁴⁴.

Señala el autor citado que:

“...la ley (alemana) no define qué es el contrato de derecho público, sino se limita a establecer sólo sus requisitos y asumir el concepto de contrato común, es decir, la misma filosofía de la contratación ordinaria, con la diferencia específica del objeto que en este caso debe ser de derecho público. (...) A este tipo de contratos, consecuentemente, se le aplican reglas especiales cuyo denominador común es que el contenido que habría de tener el acto sustituido o terminado es el que corresponda con lo que se pacte.”⁴⁵

Como condición especial de estos contratos de derecho público:

“... está la *regla de la subordinación* ya que en ellos, como ocurre en cualquier relación jurídico-administrativa tuitiva, el particular está subordinado de modo que siempre estará sometido a la “*espada de Damocles*” en poder de la *Administración que tiene la posibilidad de adoptar un acto administrativo unilateral*. Esta es la condición para caracterizar el objeto de derecho público porque, *de no mediar el pacto o convenio, basta con que la Administración pueda dirigir un acto unilateral para finalizar la correspondiente relación jurídica*, sin que

43 Puede ampliarse en DialNet (Sitio de la Universidad de La Rioja, España, La Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal Alemana, de Enrique Linde Paniagua, en Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 83, 1977, ps. 477-540, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1097988>)

44 Molano López, Mario Roberto; Transformación de la función administrativa (Evolución de la administración pública). Colección Profesores 37, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2005, p. 303) en: https://books.google.com.ar/books/about/Transformaci%C3%B3n_de_la_funci%C3%B3n_administr.html?id=HQw2cYDz50IC&redir_esc=y

45 Mario Molano López, *Ob. cit.*, ps. 303/04.

sea necesario que el acto tenga exactamente el mismo contenido que tendría el contrato de derecho público”.⁴⁶

Ahora bien, no fue unánime en la doctrina que dichos convenios o “contratos de derecho público”, que la referida ley 9003 mendocina denomina “*contratos de conciliación*”, puedan ser llamados como tales, sugiriendo Franz Mayer que la verdadera denominación de ellos deberían ser: “*contratos de derecho administrativo*”.

En efecto, dice Mayer:

“...sin embargo, de acuerdo a los que establecen los arts. 1 y 9 de la propia ley (alemana), advertimos que aquella disposición se refiere, en realidad, al *contrato de derecho administrativo*...”⁴⁷.

Continúa señalando dicho autor que:

“... De este modo el legislador ha dado solución a una cuestión jurídica controvertida hasta ahora. En lo sucesivo, aún sin un fundamento legislativo especial, *la administración puede servirse del contrato para dar aplicación a la ley. Ello no quiere decir que se duda del principio de legalidad de la administración y por tanto que ésta cree situaciones jurídicas que no puedan constituirse mediante acto administrativo*. En el artículo 59 (ley alemana, que hemos transcrito precedentemente) se prevén los *casos de nulidad* para el contrato entre partes desiguales cuando la nulidad derive de la aplicación de las normas correspondientes del código civil; cuando de emitirse un acto administrativo de idéntico contenido este sería nulo; cuando la ilicitud del contrato fuera conocida de ambas partes; cuando no se hayan respetado los presupuestos específicos del convenio de transacción o cuando tratándose de contratos sinalagmáticos se haya violado la prohibición de estipular contraprestaciones ilícitas”⁴⁸

La conveniencia del convenio sobre el acto administrativo se ha destacado señalándose que:

“...*La autoridad contratante está subordinada a la preeminencia optativa de la ley, de manera que valiéndose de un contrato de derecho público, la autoridad puede conceder, prometer o hacerse*

46 Mario Molano López, *Ob. cit.*, p. 304.

47 Mayer, Franz; *La ley sobre procedimiento administrativo en la República Federal Alemana*, p. 419. Versión española de la traducción italiana de Anchille Meloncheli, en “*Rivista trimestrale de Diritto Pubblico*”, Roma, 3-1977, ps. 1125-1137, en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1324/1582>

48 Mayer, Franz, *ob. cit.*, p. 419

prometer prestaciones para las cuales no exista fundamento normativo. Y viceversa, el ciudadano que concluya un contrato de derecho público con una Administración, puede asumir obligaciones que no podrían serle impuestas mediante acto administrativo. En definitiva, consideran que el principio de la libertad contractual opera también en relación con los contratos de derecho público.”⁴⁹

Esta es una nueva mirada sobre las *potestades administrativas* que comienza a tener mucha presencia en los países europeos mencionados, a partir de fines de la década del '90, en el sentido de que, en lugar de ejercerlas unilateralmente la Administración, *se busca persuadir al administrado en suscribir un acto bilateral con aquélla, que, de otra forma, podría actuar contra el particular en ejercicio de dichas potestades, a través de un acto administrativo unilateral.*

Coincidentemente ha consignado Morón Urbina –en relación con la finalización del procedimiento disciplinario sancionador, pero con conceptos perfectamente aplicables a nuestra temática- que:

“...Una de las transformaciones hacia fines del siglo pasado fue el establecimiento de nuevas formas de relación entre el Estado y el ciudadano, ya no basándose exclusivamente de la relación de mando y obediencia o subordinación-sujeción, sino admitiendo el equilibrio de posibilidades mediante la participación, la necesidad de construir ahora esa relación sobre las bases de buena fe y confianza legítima, entendiendo que el interés público no puede estar al margen del interés de los administrados”⁵⁰.

Señalaba igualmente el distinguido profesor peruano que :

“... *Es una nueva técnica de administrar: a través de convenios y no de imposiciones.* Esta tendencia se sobrepone a la tradicional decisión unilateral adoptada en base a la legislación, de soluciones de conflictos dentro del molde de decisiones unilaterales del acto administrativo, en procedimientos regulados legalmente y dictados bajo cumplimiento cabal de requisitos previstos para ello...”⁵¹

Y también ya había sido advertido en esa época por Huergo Lora, que:

49 Mayer, Franz, *ob. cit.*, p. 403.

50 Morón Urbina, Juan Carlos; *La Terminación Convencional del Procedimiento Sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora*, en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/16309/16720>

51 Morón Urbina, *ibidem*.

“...en los últimos años se ha constatado reiteradamente que *la Administración celebra*, cada vez con mayor frecuencia, *convenios con los particulares, no sólo para la adquisición de bienes y servicios* (contratos de obra y de suministro, por ejemplo), *sino también en su actividad propiamente administrativa o de ejercicio de sus potestades*. Era una forma de *incluir al convenio entre las formas de ejercicio de las potestades administrativas*. El contrato sale así de su ámbito usual y pasa a convertirse en una figura presente en el desarrollo de cualquier actuación administrativa”.⁵²

“La Administración, que puede actuar unilateralmente ejerciendo sus potestades, prefiere en algunos casos ponerlas en juego en una negociación con los ciudadanos sujetos a ellas y celebrar con éstos acuerdos que, más contractualmente, regulan sus relaciones jurídicas y permiten modular el ejercicio de las potestades”.

“El acuerdo hace que, o bien el ejercicio formal de la potestad resulte innecesario (porque los particulares adecuan voluntariamente su comportamiento al fin pretendido por las normas), o bien la potestad se ejercita mediante el acuerdo (por lo que es innecesario que se dicte un acto unilateral), o bien la Administración dicta actos posteriores, pero que tienen al convenio como base jurídica adicional a la potestad, de forma que resultan obligados para la Administración y consentidos anticipadamente por sus destinatarios. *Se trata, por tanto, de contratos sobre actos y potestades*.”⁵³

Es evidente que pueden entonces ser comprendidas dentro de los “*contratos de conciliación*” que regula el inc. IV) del art. 112 quáter de la ley procedimental de Mendoza, varias posibilidades que pueden pactar la Administración con el particular, por ejemplo:

1) *la posibilidad del finiquito de un procedimiento administrativo;*
 2) *la extinción simple y llana de un acto administrativo anterior;* 3) *acuerdos de resolución de los conflictos derivados de un acto administrativo ya dictado con anterioridad;* 4) *el convenio de novación -con un fin público o solidario-, de un eventual acto de sanción por el cual puede culminar un procedimiento administrativo disciplinario, por prácticas sociales o en beneficio de la comunidad;* 5) *el convenio de dictar, por parte de la Administración, un acto administrativo posterior al convenio;* 6) *el convenio de un “no dictado” de un acto administrativo;* 6) *El convenio de renegociación, novación, ampliación, reducción, finiquito o reformulación de un contrato administrativo, y/o el pacto*

52 Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Universidad de Oviedo, Civitas, 1º Edición 1998, en: <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/30733/2/NA979623.pdf> (Repositorio de la Universidad de Oviedo) ps. 27/30.

53 Huergo Lora, Alejandro, *ob. cit.*, p. 32.

de alguna acción u omisión a concretarse por el co-contratante para evitar alguna sanción contractual; etc.

En este sentido acota el autor citado que:

“...otro tipo de convenios que conviene distinguir de los acuerdos sustitutivos son aquellos acuerdos en los que la Administración se compromete a no dictar un acto administrativo o a no ejercer una de sus potestades. Pensemos en un caso en que un particular que lleva a cabo una actividad empresarial sin cumplir las normas aplicables en materia de seguridad e higiene en el trabajo se compromete a instalar en un plazo determinado los sistemas de seguridad necesarios, y la Administración decide no iniciar un procedimiento sancionador por las irregularidades ya cometidas. La diferencia con los convenios sustitutivos consiste en que se produce un acuerdo sobre el no ejercicio de la potestad sancionadora, pero no un acuerdo que produzca los mismos efectos de una resolución sancionadora”⁵⁴.

4.2.2 Antecedentes del Contrato de Conciliación en la Ley de Procedimiento Administrativo Italiana N° 241/1990

Esta institución del “*acuerdo de conciliación*” también ha tenido su regulación específica en Italia –siguiendo el precedente de la ley alemana de 1976, como ya hemos adelantado- con los “*acuerdos procedimentales*” (*accordi procedimentali*) regulados en la Ley de Procedimiento Administrativo italiana 241/1990, del 7 de agosto, que lleva por título «Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de acceso a los documentos administrativos».

Según Huergo Lora, esta ley permite a la Administración actuante en un procedimiento, según su artículo 11, «concluir (...) acuerdos con los interesados a fin de determinar el contenido discrecional del “*provvedimento*” final (medidas disciplinarias) en los casos previstos por la ley, en sustitución de éste». (...) La Ley no utiliza el término «contrato», sino el de «acuerdo», aunque la remisión a los «principios del Código Civil en materia de obligaciones y contratos» hace que el resultado sea prácticamente el mismo. La Ley 241/1990 regula –en Italia- la terminación convencional del procedimiento en sentido estricto, *es decir, acuerdos que sirven para poner fin a un procedimiento ya iniciado*. Ello deja fuera de su ámbito de aplicación a los contratos por los que la Administración se

⁵⁴ Huergo Lora, *ob. cit.*, ps. 33/35.

compromete a dictar actos administrativos en el futuro, o predetermina varios procedimientos aún no incoados⁵⁵.

4.2.3 Antecedentes del Contrato de Conciliación en la Ley Española de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas N° 39/2015

En España, la Ley 39/2015 (de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), prevé la “*Terminación convencional*” de los procedimientos administrativos.

En efecto, el *Artículo 86* de la misma dice:

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 su 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.

Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

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.

En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Como se verá, estos convenios denominados por el art. 86 de la ley española para lograr una “*terminación convencional del procedimiento administrativo*”, tienen la virtud, como los señala la parte final de su

55 Huergo Lora, Alejandro, *ob. cit.*, ps. 68/ 69 y 75.

inciso 1) de ser “... *finalizadores de los procedimientos administrativos...*”, pero también, seguidamente, a esta expresión se agrega a continuación otro objeto posible del convenio en el sentido que puede, también, “...*insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin*”, es decir que, puede también el convenio ser anterior al acto administrativo que ponga fin al procedimiento.

En este sentido, en la norma española que comentamos, cuyo espíritu y sentido puede expandirse al instituto mendocino -ya que también es un antecedente de éste- el administrado deberá tener muy en cuenta a la época de convenir que las cláusulas del convenio de conciliación tengan, efectivamente, *carácter “vinculante” con la resolución posterior que ponga fin al procedimiento*; ya que, se entiende que la firma del convenio de conciliación debería ser una instancia superadora de la otra opción contraria que traería aparejada una mera ejecución unilateral de la Administración -por sí- contra el administrado, en ejercicio de sus potestades administrativas.

4.3 Pueden Abarcarse Cuestiones Futuras en el Contrato de Conciliación?

Por último, señalamos que, en nuestra opinión, en el caso del ordenamiento mendocino que hemos analizado en este “colofón”, entendemos que la disposición del inc. IV) del art. 112 quáter ya citado ha sido redactada en *forma amplia*, por lo que se deduce de la cláusula que *no sólo comprende a actos o situaciones anteriores al convenio, o a procedimientos ya iniciados*, ya que, la norma de dicho inciso IV) parte del supuesto de que: “...*existiendo incertidumbre en la consideración razonable del asunto o de la situación jurídica...*”, por lo que, en nuestro criterio, *no solo se refiere a cuestiones anteriores al convenio a las que haya que darles finiquito, sino que pueden abarcar también, acciones futuras que deba tutelar o garantizar la Administración al administrado –o prestaciones de éste a aquélla-, ya sea por conductas de acción o de omisión de cualquiera de las partes*. En otras palabras, pueden, en nuestra opinión, convenirse compromisos futuros de hacer -o no hacer- tanto de la Administración como del particular.

5 Reflexiones Finales

Concluimos la presente ponencia con palabras de antaño, expresadas en épocas de la primera edición del *“Manual de Derecho Administrativo”* (1996), refiriéndonos a las proyecciones de la Administración y del Derecho Administrativo, cuando señalábamos que:

“...las “formas” y “concepciones” del actuar administrativo han ido cambiando, y hoy es un supuesto generalmente aceptado que, a los efectos de que el accionar administrativo pueda lograr “soluciones representativas del óptimo social”, se requiere indispensablemente la voluntad y el compromiso de los interesados (administrados) y la aceptación por parte de ellos del accionar estatal.⁵⁶

Concordantemente, señala Juan Carlos Morón Urbina que:

“...Precisamente, esta línea en la transformación del Estado contemporáneo nos pone en la senda de una posible Administración Pública en la cual *parte del ejercicio de su poder público sea concertado, y no exclusivamente unilateral ni expresión de pura autoridad*, donde se entienda que no necesariamente la administración es titular de un interés diverso a los intereses de los ciudadanos en particular” (...) “En este orden de ideas, encontramos lo que se ha denominado la *administración concertada*, presente en conciertos en materia de expropiaciones, zonificación y urbanismo, tributarios; la admisión y *favorecimiento de acuerdos conciliatorios, transacción y mediación (autocompositivos)* entre privados para concluir procedimientos trilaterales, y los casos de negociación y conciliación con la propia administración en materias patrimoniales (Por ejemplo: en materia de contratos públicos)”⁵⁷.

“En síntesis, no debe perderse de vista que estos conciertos de la Administración con los particulares constituyen *una nueva forma de administrar intereses públicos*, y no la sustitución de la decisión estatal, o en palabras de Pierre Subrá, *se trata esencialmente de un renunciamiento parcial*:

“al procedimiento clásico de la intervención unilateral por vía reglamentaria para dar un mayor lugar a la concertación y al diálogo recurriendo, aún más, a los procedimientos contractuales”.⁵⁸

56 Farrando Ismael; en Farrando, Ismael – Martínez, Patricia R. –Directores- y Otros, *“Manual de Derecho Administrativo”*, Bs. As., Depalma, Reimpresión 2000, p. 63, con cita de Parejo Alfonso).

57 Morón Urbina, Juan Carlos, *La Terminación Convencional del Procedimiento Sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora*, en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/articulo/download/16309/16720>

58 Pierre Subrá de Bieusses, *“El nuevo derecho administrativo”*, en *“Transformaciones del derecho público”*. Bs. As., Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 86, citado por Morón Urbina, Juan Carlos, *ibidem*.

Por último, y para concluir con esta ponencia tratando de encontrar el justo medio aristotélico, en el caso, aplicando al juego de instituciones que hemos analizado (incumplimientos contractuales – sanciones – soluciones alternativas – contrato de conciliación) el ansiado equilibrio entre “la autoridad y el poder” en busca del bienestar general, recordamos lo que decíamos también hace ya un tiempo, que:

“La fórmula sería: menos “coacción” y más “consenso”; menos “autoridad” y más “voluntades concurrentes”. (...) observando hoy existe una mayor demandabilidad de participación ciudadana en los procesos de toma de decisión de la Administración, y que hay cada vez más una mayor dependencia del éxito de la acción administrativa con la colaboración y consenso de los administrados, destinatarios primarios y finales de aquella”⁵⁹.

59 Farrando, Ismael, *Manual... ob. cit.*, p. 64.

El Control de Convencionalidad y la Administración Pública

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

Introducción

La fuente legitimadora del Poder Público en el Estado Constitucional es el sistema democrático de elección de autoridades públicas, que en el contexto americano combina elementos de la democracia representativa¹, con el ejercicio de las demás formas de participación que contempla el ordenamiento jurídico², debiendo este fundamentarse en el respeto a la dignidad de la persona y los derechos humanos que le son inherentes³, reconocidos en los tratados y convenciones de derechos humanos que integran el bloque de la convencionalidad⁴. Este modelo de Estado es calificado como “Estado democrático de Derecho”.

Así lo han reconocido los Estados integrantes de la comunidad americana, al identificar en la Carta Interamericana Democrática como “elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración

* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Venezuela) y presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE). www.hernandezmendible.com

Artículos 23.1.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 y 3 de la Carta Democrática Interamericana.

1 Artículos 23.1.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 y 3 de la Carta Democrática Interamericana.

2 Artículos 23.1.a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 y 6 de la Carta Democrática Interamericana.

3 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párr. 165, señala que “La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo [1.1], es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.

4 Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221, párr. 239.

de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”⁵.

Además en el mencionado documento se consideran como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, que es reconocida como un derecho de los pueblos de América⁶, el deber de los gobiernos de promover, defender y proteger⁷, “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”. A ello se suma “la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad [que] son igualmente fundamentales para la democracia”⁸.

En ese orden de ideas, cabe destacar que el régimen democrático constituye un presupuesto *sine qua non* para el efectivo ejercicio de las libertades fundamentales y los derechos humanos⁹, entendidos en su carácter universal, indivisible e interdependiente, como también han sido reconocidos en las respectivas constituciones de los Estados nacionales y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos¹⁰.

Por tanto, en una sociedad democrática cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido desconocidos o violados pueden interponer denuncias o peticiones tanto ante las autoridades públicas nacionales con sujeción al ordenamiento jurídico, como ante el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, conforme a los procedimientos establecidos en el mismo¹¹.

5 Artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

6 Aguiar, Asdrúbal. *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la Jurisprudencia Interamericanas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008; Brewer-Carías, Allan R., *El derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado*, (Coord. Víctor Hernández-Mendible) *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo 2, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pp. 1417-1439.

7 Artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana.

8 Artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana.

9 Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221, párr. 239.

10 Artículo 7 de la Carta Democrática Interamericana.

11 Artículo 8 de la Carta Democrática Interamericana.

Esta tesis que se infiere de la Convención Americana ha sido precisada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con las siguientes palabras:

“Sin embargo, la Corte recuerda que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional”.¹²

Así las cosas, el Estado Constitucional tiene la obligación de respetar los derechos y las libertades fundamentales de la persona humana y de adoptar todas las medidas que sean idóneas y necesarias para garantizar su libre y efectivo ejercicio, obligación que con sujeción al imperio de la ley, deben honrar todos los órganos que ejercen el Poder Público.

Dado que anteriormente se han analizado cuáles pueden ser las actividades, las medidas, las políticas que son esperables de los órganos que ejercen el Poder Público para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, a partir de la perspectiva del control de convencionalidad en el ámbito nacional; en esta ocasión se analizará un aspecto especialmente relevante, como lo constituye el potencial ejercicio del control de convencionalidad por la Administración Pública que como autoridad pública nacional, se encuentra obligada a proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, en el ámbito de sus respectivas competencias.

El bloque de la convencionalidad que debe tener en consideración la Administración Pública es aquel que puede ser identificado por el origen internacional de todos los tratados, pactos, convenciones, protocolos o resoluciones, así como de los principios generales del Derecho Internacional generalmente reconocidos¹³ y la jurisprudencia interame-

12 Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 157, párr. 66; Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C N° 259, párr. 142.

13 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, serie C N° 01, párrs. 87 y 88.

ricana¹⁴; por el campo de su regulación, fundamentalmente de garantía y protección de los derechos humanos en ellos reconocidos; y por el contenido de los instrumentos que lo integran, que al constituir un *numerus apertus*, quedan comprendidos tanto los existentes actualmente, como todos aquellos instrumentos que inspirados en el principio de progresividad puedan ser negociados, suscritos y ratificados en el futuro por los Estados e integrados al *corpus iuris* de la convencionalidad¹⁵.

No obstante ello, se ha puesto sobre el tapete el denominado control difuso de convencionalidad¹⁶, que en principio únicamente le imponía a los jueces nacionales en sus respectivos países, la obligación de interpretar, aplicar y resolver conforme a las convenciones, pactos, protocolos o jurisprudencia interamericana, aquellos asuntos de su competen-

14 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 23 de noviembre de 2009, serie C N° 209, párr. 340; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 31 de agosto de 2010, serie C N° 216, párr. 220; Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, serie C N° 239, párr. 284; Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 86. En este último pronunciamiento se afirma “De lo anterior se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones”.

15 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, serie A N° 16, párr. 115.

16 Los antecedentes referenciales del control difuso de convencionalidad efectuados en la jurisprudencia interamericana, se encuentran en Corte IDH, *Caso Mack Chang vs Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C N° 101, en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 27, en que se expresa: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”; y posteriormente, la Corte IDH, *Caso Tibi vs Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C N° 114, en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3, precisa que “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”. El precedente donde se asume plenamente fue la sentencia de la *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154, párr. 124.

cia en que se pudiesen haber lesionado o desconocido, a través de actos jurídicos u omisiones imputables a los órganos que ejercen el Poder Público en un determinado Estado, los derechos humanos reconocidos, protegidos o garantizados en los textos internacionales que integran el bloque de convencionalidad.

Dicho control tiene una doble finalidad, por una parte, restablecer la efectiva aplicación y vigencia de las disposiciones convencionales que han sido desconocidas por la actividad e inactividad de las autoridades nacionales; y por la otra, de resultar procedente, garantizar la protección y eventual reparación e indemnización de los daños causados a las víctimas de violación de los derechos humanos.

Esto implica afianzar el perfeccionamiento de los medios de protección de los derechos humanos y en especial, porque si la aceptación del denominado control de convencionalidad concentrado que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de la función consultiva o de la función jurisdiccional no ha estado exento de controversia, lo que también ha ocurrido con el control difuso de convencionalidad que deben realizar los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁷, más polémico resulta que este control lo puedan realizar los órganos que ejercen el Poder Público cuando actúan en ejercicio de la función administrativa o la Administración Pública propiamente dicha, en ejercicio de sus propias competencias.

Cabe destacar, que al no contemplar los tratados y las convenciones americanas en materia de derechos humanos un único modelo de control de convencionalidad¹⁸, este abordaje debe ser adecuado a la realidad nacional de cada país signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del resto del bloque de convencionalidad.

En razón de ello y en aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos a saber: La Administración Pública nacional como una autoridad convencional (II); el deber de la Administración Pública de garantizar el bloque de convencionalidad, sin apartarse del principio de legalidad (III), las potenciales medidas adoptables por la Administración Pública para

17 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 102-518.

18 Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C N° 276, párr. 124.

garantizar el bloque de la convencionalidad (IV); y las consideraciones finales (V).

2 La Administración Pública Nacional como una Autoridad Convencional

El cumplimiento del derecho de la convencionalidad constituye una obligación del Estado integralmente considerado¹⁹, en la medida que conforme al derecho constitucional nacional se haya suscrito y ratificado o adherido, tanto a la Convención Americana como al resto de *corpus iuris* de la convencionalidad. Es así como todos los órganos que ejercen el Poder Público en el Estado, incluida la Administración Pública adquieren una doble condición: Por una parte, como autoridades públicas nacionales tienen el deber de cumplir las obligaciones contenidas en el bloque de la convencionalidad, de buena fe y de manera efectiva; y por la otra, como autoridades públicas convencionales, dentro del ámbito de las competencias que le otorgan la constitución y las leyes nacionales, tienen tanto la obligación de suprimir las normas y las prácticas que violen u obstaculicen el efectivo ejercicio de los derechos y las libertades; como de expedir las normas y los actos jurídicos, elaborar las políticas e implementar las prácticas orientadas a garantizar efectivamente los derechos y las libertades reconocidas en el bloque de convencionalidad.

Esta idea que tiene anclaje en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que por lo tanto se proyecta sobre la Convención Americana y el resto del *corpus iuris* de la convencionalidad es la que inspira a la Corte Interamericana a señalar, que todas las autoridades públicas nacionales son competentes en el ámbito de sus respectivas atribuciones y de los procedimientos constitucionales y legales, para llevar a cabo el control de convencionalidad²⁰.

Se debe precisar que esta tesis ha sido tradicional en la jurisprudencia interamericana. En efecto, en su primera sentencia hace más de 30 años, la Corte Interamericana señaló, que las obligaciones adquiridas por los Estados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos le imponen el deber “*de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta*

19 Corte IDH, *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C N° 101, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr.27.

20 Corte IDH, *Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158, párr. 128.

el ejercicio del poder público”, que no son otros que los órganos que ejercen la rama ejecutiva, legislativa y judicial del Poder Público, con independencia de que sean Estados federales o unitarios, en los niveles de organización descentralizada territorialmente en el ámbito estadual, provincial o regional y departamental, municipal o local, así como la Administración Pública central o descentralizada funcionalmente, en tanto coadyuvan con el funcionamiento del aparato gubernamental, quienes deben actuar para asegurar el libre y efectivo ejercicio de los derechos humanos²¹.

Esta tesis fundacional de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, adquiere un nuevo aire, en el contexto de la construcción y desarrollo del control de convencionalidad. Fue así como inicialmente se le reconoció la competencia al Poder Judicial, para llevar a cabo la protección de los derechos humanos, mediante una “especie de control de convencionalidad”²², pero luego se pasó a recordar que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, corresponde a todos sus órganos, de las ramas ejecutiva y legislativa e incluso a los jueces, como órganos integrantes de la rama judicial, el deber de realizar el control de convencionalidad con sujeción al imperio de la ley, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes²³. La anterior posición es reiterada en los siguientes términos²⁴.

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos**, incluidos sus

21 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párr. 166, señaló que “La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

A22 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154, párr. 124.

23 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216, párr. 219; Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C No. 219, párr. 176.

24 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220, párr. 225; Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221, párr. 193.

jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean merma- dos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”.

En desarrollo de esta línea jurisprudencial, posteriormente sostiene que “Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”²⁵. La referida doctri- na será ratificada por la Corte Interamericana al expresar que²⁶:

“De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto vio- latorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autorida- des y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.

Sin pretender realizar un análisis detallado de todas las decisiones de la Corte Interamericana que hasta el presente han desarrollado esta línea jurisprudencial, vale la pena concluir la referencia a esta tendencia argumentativa, con el pronunciamiento de supervisión de cumplimiento de sentencia, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, en el que se expuso lo siguiente²⁷:

“La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tri- bunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la respon- sabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado inter- nacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones

25 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C N° 252, párr. 318.

26 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C N° 259, párr. 142.

27 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 59; Corte IDH, *Caso Niñas Yean y Bosico y caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Supervisión de cumplimiento de sentencias y competencia, resolución de 12 de marzo de 2019, párr. 21.

de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. *Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional*".

En el anterior párrafo se evidencia la coherencia demostrada por el Tribunal Interamericano al reconocer que todos los órganos que ejercen el Poder Público y todas las autoridades públicas tiene el deber de cumplir los tratados internacionales de buena fe y con efecto útil, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Seguidamente, con fundamento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que fue aprobada en el mismo año que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica cuáles son las actividades que se esperan de los órganos que ejercen el Poder Público, a los fines de dar cumplimiento a su obligación. Es así como sostiene²⁸:

"Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adicionalmente los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".

Tal como se infiere de los textos parcialmente transcritos de la jurisprudencia citada, la expresión Estado la emplea la Corte Interamericana para referirse a todos los órganos que ejercen las distintas ramas del Poder Público e igualmente todas las autoridades estatales, es decir, aquellas que no integran el Poder Público o que son consideradas extra-poder por su ubicación constitucional, pero que ejercen autoridad dentro de la organización del Estado.

²⁸ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 60.

En ese contexto la Administración Pública tanto central como descentralizada, en cuanto integra la estructura gubernamental y coadyuva a su funcionamiento tiene que actuar para asegurar el libre y efectivo ejercicio de los derechos humanos, por lo que se encuentra obligada como toda autoridad convencional a realizar el control de convencionalidad, con estricto apego al imperio de la ley, en el marco de sus respectivas competencias y de los procedimientos constitucionales y legales existentes.

Será esa cualidad de auténtica autoridad convencional en el ámbito nacional, la que le obliga a realizar el control de convencionalidad tanto en la creación y la expedición, la interpretación y la aplicación o la ejecución de los actos jurídicos de origen nacional, -bien sean de contenido normativo (generales) o sean de resolución de situaciones concretas (individuales)-, con el objeto de verificar su compatibilidad con los estándares de protección y garantía de los derechos humanos que reconoce el bloque de la convencionalidad.

No obstante, esta obligación debe llevarse a cabo con sujeción al imperio de la ley, conforme a lo establecido en la jurisprudencia interamericana y a ello se dedicará el siguiente subepígrafe.

3 El Deber de la Administración Pública de Garantizar el Bloque de Convencionalidad, sin Apartarse del Principio de Legalidad

En el marco del Estado constitucional se ha considerado que la Constitución es la norma de normas, la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, en virtud de lo cual todos los órganos que ejercen el Poder Público tienen el deber de cumplirla y hacerla cumplir de manera directa y preferente respecto a cualquier otra norma infraconstitucional y en caso que por algún acto de fuerza o por cualquier otro medio distinto de los que ella contempla, se intentase su modificación, reforma, derogación o dejare de aplicarse, todos los ciudadanos quienes también tienen el deber de cumplirla y acatarla, se encuentren investidos o no de autoridad, tienen el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia y aplicación. En esto consiste la cláusula de primacía de la Constitución.

En atención a ello la Constitución es la norma jurídica, que establece el valor y jerarquía que se le reconoce al derecho internacional de los derechos humanos -bloque de la convencionalidad- con respecto al

ordenamiento jurídico interno, de lo que se deriva el marco de interpretación y aplicación que deben dar los órganos que ejercen el Poder Público, en el respectivo ámbito nacional²⁹.

Además como se advirtió anteriormente, el Estado democrático de Derecho se funda en la dignidad de la persona y el respeto a los derechos humanos, teniendo como función esencial la protección de los mismos, que vinculan a todos los órganos que ejercen el Poder Público, correspondiendo a estos el deber de expedir, interpretar y aplicar las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos, así como procurar en el supuesto de presentarse conflictos entre dichos derechos, la ponderación y armonización de aquellos que se encuentren en pugna e igualmente debiendo garantizar su efectividad e incluso la protección inmediata, en caso de vulneración o amenaza, producto de la actividad e inactividad de las autoridades públicas.

Por otra parte, todos los órganos que ejercen el Poder Público se encuentran igualmente sujetos al principio de legalidad, - entendida esta expresión en el sentido expuesto por Hauriou, de bloque de la legalidad³⁰- o principio de juridicidad, en las palabras de Merkl³¹, en virtud del cual se exige que todas las funciones estatales deban realizarse con sujeción a la ley, entendida esta en sentido amplio, es decir, que deben ejecutarse conforme a las reglas del Derecho³².

En tales términos, aparece el principio de legalidad desde la perspectiva de la teoría de la vinculación positiva³³ y a partir de ella se reconoce que únicamente la norma jurídica habilita y condiciona a los órganos que ejercen el Poder Público para que puedan actuar y expedir actos jurídicos válidos, tanto para alcanzar eficazmente sus cometidos -la consecución del interés general-, como para regular, limitar o restringir los derechos y

29 Brewer-Carías, Allan R, La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 89-136.

30 Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12a. ed., Sirey, Paris, 1933, pp. 577-578.

31 La expresión principio de juridicidad la empleó por vez primera Merkl, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2004.

32 Se ha señalado que "... el término legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, de juridicidad; el 'bloque de legalidad' (Hauriou) abarca hoy día el conjunto de reglas de derecho que limitan la acción administrativa". Weil, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986, p. 138.

33 Rodríguez Rodríguez, Libardo, El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia, *Hacia un Derecho Administrativo para volver a la Democracia. Liber Amicorum a José R. Araujo-Juárez*, CERECO-CIDEP, Caracas, 2018, pp. 89-111.

las libertades públicas, siempre que actúen con plena sujeción a la norma preexistente atributiva de competencia y al fin que la misma establece.

Tal principio encuentra las siguientes manifestaciones: El principio de legalidad sancionatoria, el principio de legalidad tributaria, el principio de legalidad presupuestaria y el principio de legalidad administrativa, que resulta ser el que interesa a los fines de esta exposición.

Este último, el principio de legalidad administrativa, -utilizada la expresión en sentido restringido-, se traduce en la subordinación de toda la función administrativa al Derecho y en lo que concierne a los actos jurídicos de las autoridades públicas que actúan en ejercicio de tal función administrativa, estos deben emitirse conforme a la Ley y al Derecho -según la fórmula de tradición constitucional³⁴-, lo que supone que tanto en su creación y expedición como en su ejecución y aplicación se actúe con apego a los principios generales, las normas jurídicas y los procedimientos preexistentes, lo que lleva a que se presuman válidos y productores de su natural eficacia jurídica³⁵.

Es justamente en ese contexto en que se plantea el polémico tema, respecto a la posibilidad que las autoridades ejecutivas y administrativas, -quienes al igual que los tribunales, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley-, al momento de resolver un asunto de su competencia puedan considerar la posibilidad de desobedecer o desacatar deliberadamente,

34 Esta expresión se consolida con su incorporación a los artículos 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, 103.1 de la Constitución de España y 141 de la Constitución de Venezuela.

35 En la doctrina científica existe un intenso debate sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos. Han reconocido la existencia de la presunción de legalidad, Brewer-Carías, Allan R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 131; y el mismo autor, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, *La Actividad Administrativa, Vol. 1, Reglamentos, Procedimientos y Actos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1976, pp. 100-102; más recientemente, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Tomo III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, Fundación de Derecho Público, Fundación Editorial Jurídica Venezolana y Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013; desde comienzos de los setenta, Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, p. 157; Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General, Acto y Contrato Administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2011, pp. 78-84; en contra de la existencia de la presunción de legalidad se han pronunciado dentro de los administrativistas Pérez Luciani, Gonzalo, La llamada presunción de legitimidad de los actos administrativos, *Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 443-489; entre los tributaristas Abache Abascal, Serviliano, *La atipicidad de la presunción de legalidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; y, Ruán Santos, Gabriel, La presunción de legitimidad de los actos administrativos, *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*, Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, Caracas, 2013, pp. 85-118.

la aplicación de aquellos actos jurídicos que consideren contrarios a los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad.

De partida se debe negar esta hipótesis de desobediencia o desacato, pues carece de fundamento alguno en los ordenamientos jurídicos nacionales, en virtud de los principios de irrenunciabilidad, improrrogabilidad e indelegabilidad de las competencias, salvo los supuestos de excepción contemplados en dichos ordenamientos jurídicos; pero tampoco supone una habilitación para violar, desconocer o ignorar la obligación de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, ante tal imposibilidad de desaplicación o desacato de los actos jurídicos y menos aún implica un deber ciego de acatamiento de aquellas normas, que se presentan como inconventionales.

Lo expuesto anterior evidencia la necesidad de analizar los posibles escenarios a los cuales se enfrentaría la Administración Pública, que como autoridad pública convencional debe garantizar los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad y como autoridad pública nacional, debe actuar con plena sujeción al imperio de la ley o principio de legalidad.

Así las cosas, partiendo del deber de la Administración Pública de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, es decir, al bloque de la legalidad en sentido amplio, al no existir una disposición en el ordenamiento jurídico nacional que le atribuya competencia expresa a esta para ejercer el control difuso de la convencionalidad, en caso de toparse con una norma constitucional, legal o reglamentaria que le lleve a cuestionar o poner en duda su validez convencional y en consecuencia a plantearse la posibilidad de no aplicarla para resolver un asunto concreto, por implicar el desconocimiento o negación de los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, la Administración Pública estaría impedida de ejercer el referido control difuso de convencionalidad como lo haría un órgano jurisdiccional, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Judicial y por ende en incompetencia manifiesta, lo que de producirse constituiría una expresión del vicio de nulidad absoluta del acto por ella expedido, que hubiese materializado tal declaración de control difuso de la convencionalidad.

Sin duda esta resulta ser la posición más conservadora al tratar de armonizar ambas obligaciones, -la de sujeción al imperio de la ley y la del control de convencionalidad, para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos- y más cuando se pretende asimilar tal control al

difuso de constitucionalidad de las leyes vigentes, pues esta competencia históricamente surge³⁶ y se desarrolla atribuida a todos los jueces de la República y en consecuencia, son únicamente los órganos que integran la rama judicial del Poder Público, quienes se encuentran habilitados para ejercerla, salvo que en algún ordenamiento jurídico exista una norma que se lo permita a otro órgano de los que ejercen el Poder Público.

Así pareció entenderlo inicialmente la Corte Interamericana al observar una suerte de analogía o semejanza entre el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad y reconocerle a los jueces como órganos del Poder Judicial del Estado, la competencia para realizar lo que denominó una especie de control de la convencionalidad³⁷.

Ello así, el tema que se plantea ante la ausencia de competencia constitucional o legal expresamente establecida es sí la Administración Pública puede ejercer el control difuso de la convencionalidad, con el objeto de cumplir con su deber de garantizar los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, cuando se encuentre ante la valoración de tener que aplicar una norma nacional, que según su parecer pudiera ser inconvencional.

Esto lleva a analizar tres posibles escenarios:

En el primero, la Administración Pública se encuentra en la imposibilidad de aplicar el control difuso de convencionalidad por no tener competencia expresamente atribuida para ello, pero tampoco puede desatender el deber de cumplir los tratados internacionales en materia de derechos humanos³⁸. Por ello, al observar que una norma jurídica constitucional o infraconstitucional en su criterio no luce compatible con el derecho convencional, podría actuar como si no existiera, es decir, ignorar o abstenerse de aplicar la norma constitucional o el texto legal que considera contraviene o es incompatible con el bloque de convencionalidad y proceder a resolver el asunto de su competencia, conforme

36 Suprema Corte de Estados Unidos de América, *caso Marbury vs. Madison*, de 24 de febrero de 1803, sobre control de la constitucionalidad y supremacía de la Constitución.

37 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, N° 154, párr. 124.

38 Este tema ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina científica Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1977, p. 455; Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, T. I, Buenos Aires, 1986, p. 102; Sarmiento García, Jorge, La jefatura administrativa del Presidente de la Nación, *Atribuciones del Presidente Argentino*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, 1986, p. 233; Comadira, Julio Rodolfo, La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 733-746.

a la propia interpretación y valoración que hace de la Convención y del resto del bloque de la convencionalidad.

Esta actuación sin duda resultaría altamente compleja, porque cualquier funcionario administrativo con responsabilidad de tomar decisiones, por más calificado que sea, -aunque carezca de la debida formación jurídica-, se sentirá habilitado para hacer un juicio de valor sobre las normas constitucionales y leyes que considera compatibles con el bloque de convencionalidad y aquellas que no, en cuyo caso procedería a ignorarlas o abstenerse de aplicarlas en la resolución de los asuntos que tenga legalmente atribuidos.

En esencia, lo que sucedería es que la Administración Pública al proceder de la manera antes mencionada, estaría incurriendo en una suerte de desobediencia al imperio de la ley, en el entendido que de aplicarla le conduciría a desconocer la vigencia y eficacia de los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad; pero al ignorarla o abstenerse de aplicarla en el caso concreto con fundamento en la supuesta o aparente inconvencionalidad, lo que estaría realizando es la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en auténtico desacato de la ley que le atribuye las competencias, pero aparentemente amparado en el deber de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad.

No obstante, esta aparente solución de que la Administración Pública justifique su actuación de ignorar o abstenerse de aplicar una norma constitucional, legal o reglamentaria para resolver un asunto concreto, en el deber de cumplir y hacer cumplir los tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos por encima de cualquier texto constitucional o infraconstitucional, conlleva a un problema adicional, pues esta al no exponer las razones para ignorar o abstenerse de aplicar la norma constitucional o los textos legales en la resolución del caso particular, no realizaría un ejercicio expreso de control de la convencionalidad -aunque podría alegarse que es un ejercicio tácito, pues el efecto final teóricamente sería el mismo-, pero en cambio, sin duda incurriría en la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los órganos que ejercen el Poder Público, pues los destinatarios de tal decisión, desconocerían las razones por las que existiendo una norma constitucional, legal o reglamentaria aplicable a su asunto, no fueron consideradas o tenidas en cuenta para fundamentar la solución del caso planteado.

Como se puede apreciar, este escenario no brinda una solución racional y clara al problema planteado, pues no se puede garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el bloque de la convencionalidad, amparándose en la desaplicación de unas normas constitucionales, legales o reglamentarias cuya no aplicación conduce necesaria y forzosamente al desconocimiento del principio de legalidad o imperio de la ley, al que reiteradamente hace alusión la jurisprudencia interamericana.

El segundo escenario, tiene su fundamento en la tesis de la garantía universal e indivisible de los derechos humanos establecida en el Sistema Interamericano de protección de tales derechos y en las normas constitucionales de los Estados democráticos, que ha llevado a sostener que la Administración Pública con fundamento en la constitución puede desaplicar en un caso concreto, de manera puntual, una norma que viole de manera ostensible los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, sin que pueda argumentarse jerarquía alguna superior, presunción de legalidad o de legitimidad, frente a tales derechos humanos que permitan aceptar su violación, desconocimiento o menoscabo por la actuación administrativa que ejecute aquella norma, en virtud de ser éstos preeminentes³⁹.

No obstante se advierte, que a los fines de ser congruentes con el principio de división de las ramas del Poder Público y del respeto a las competencias constitucional y legalmente atribuidas al Poder Judicial – principio de lealtad institucional-, la Administración Pública al momento de desaplicar una disposición que puede violar o desconocer los derechos y las libertades, con fundamento en la preeminencia de los derechos humanos y de supremacía de la Constitución, debe plantear el incidente ante los tribunales con competencia y suspender el respectivo procedimiento administrativo y la adopción de la decisión de tal asunto, hasta que se produzca la sentencia sobre la compatibilidad o no de las normas, con los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad.

En razón de ello se sostiene, de no admitirse que la Administración Pública se encuentra facultada expresamente al igual que los otros órganos que ejercen el Poder Público, para garantizar la preeminencia de los derechos humanos, se tendría que concluir que el artificio de la

³⁹ Duque Corredor, Román J., Postulados y Principios. El sistema constitucional de derechos humanos en Venezuela, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo I., Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 169-170.

presunción de legalidad y de legitimidad de los actos de los órganos que ejercen el Poder Público ha contribuido a evaporar la garantía universal e indivisible de los derechos humanos establecida en el sistema convencional, cuya protección y vigencia también es una obligación y un deber de la Administración Pública, al no ser exclusiva del Poder Judicial.⁴⁰

El tercer escenario, que resulta ser el más ortodoxo y en principio es el que disfruta de mayor tradición constitucional, implica que si la Administración Pública al momento de resolver un asunto de su competencia, aprecia una duda sobre la compatibilidad de la constitución o de determinadas normas legales o reglamentarias con los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, debe dirigirse a la Procuraduría General de la República, a la Defensoría del Pueblo o a una autoridad pública nacional de similar jerarquía y naturaleza a las antes mencionadas, que tenga competencia para actuar en materia de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, a los fines de solicitarle que analice el asunto y de ser procedente, que ejerza la correspondiente demanda que activaría el control difuso de convencionalidad por el Poder Judicial, para que este resuelva en el marco de sus competencias constitucionales y legales, así como con sujeción a los procedimientos establecidos, la compatibilidad o no de los actos jurídicos nacionales, con los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad.

En tal caso, la Administración Pública actuaría tanto en cumplimiento del deber de garantizar los referidos derechos reconocidos en el bloque de convencionalidad, como de sujeción estricta de su actuación al principio de legalidad administrativa o imperio de la ley, según las exigencias de las varias veces aludida jurisprudencia interamericana.

4 Las Potenciales Medidas Adoptables por la Administración Pública para Garantizar el Bloque de la Convencionalidad

Habiéndose establecido que la Administración Pública nacional es una autoridad convencional, que debe actuar en cumplimiento del deber de garantizar los derechos reconocidos en el bloque de convencionalidad y con sujeción al imperio de la ley, corresponde analizar cuáles son

40 Duque Corredor, Román J., Ob. cit., pp. 170-171.

las medidas que potencialmente puede realizar para cumplir con este deber.

Esto lleva a situar el foco de atención en dos criterios esenciales del Derecho de la convencionalidad, como lo constituyen las denominadas medidas de otro carácter; y el principio del margen nacional de apreciación, que serán abordados seguidamente.

4.1. Las Denominadas Medidas de Otro Carácter

Los órganos que ejercen el Poder Público en un Estado nacional tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y las libertades, actuando en el ámbito de sus competencias y con sujeción a los procedimientos constitucionales y legales, según la previsión contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, que señala lo siguiente:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La cláusula convencional hace referencia a la necesidad de existencia de “disposiciones legislativas o de otro carácter”, que deben garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades; pero en caso que estas no se hayan expedido, a los fines de alcanzar la finalidad de la Convención Americana, establece el deber de adoptar “medidas legislativas o de otro carácter”.

En principio, las disposiciones o medidas legislativas que deben adoptar las autoridades públicas nacionales con sujeción al orden constitucional de cada país, se deben enmarcar dentro de la interpretación del artículo 30 de la Convención Interamericana, realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹.

En lo que concierne a la referencia a las disposiciones o medidas “de otro carácter” -pueden ser constitucionales, reglamentarias o

⁴¹ Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, serie A N° 6, párr. 21.

administrativas, así como toda práctica, decisión o interpretación⁴², que deben adoptar los órganos que ejercen el Poder Público, se debe investigar qué ha dicho la Corte Interamericana en sus múltiples pronunciamientos.

Así se aprecia que se pueden considerar como medidas “de otro carácter” aquellas de naturaleza administrativa⁴³; entre las que se pueden enunciar la creación de un comité interinstitucional para la elaboración y ejecución de un programa de capacitación en derechos humanos, así como la asignación de recursos⁴⁴; campañas de concientización y sensibilización sobre derechos humanos⁴⁵; la constitución de una comisión de investigación, la creación de una página web y de un sistema de información genética⁴⁶; también pueden constituir medidas administrativas o de otra índole, los estudios de impacto ambiental y social o para mitigar el perjuicio que puede generar la ejecución de proyectos⁴⁷.

En el contexto de las personas privadas de libertad se consideran como medidas de “otro carácter”, la creación de un registro de tales personas⁴⁸; el fortalecimiento de los mecanismos que permitan la realización de exámenes médicos regulares en centros de detención⁴⁹ y de exámenes psiquiátricos a personas que lo requieran⁵⁰; la creación de

42 Corte IDH, *Caso Niñas Yean y Bosico y caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Supervisión de cumplimiento de sentencias y competencia, resolución de 12 de marzo de 2019, punto resolutorio 8.h).

43 Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C N° 79, párrs. 138 y 164; Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itú vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, serie C N° 170, párr. 270.

44 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C N° 114, párr. 94-122.

45 Corte IDH, *Caso Servellón García vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de septiembre de 2006, serie C N° 152, párrs. 201 y 202; Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 3 de abril de 2009, serie C N° 196, párr. 214.

46 Corte IDH, *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de marzo de 2003, serie C N° 120, párrs. 188, 192 y 193; Corte IDH, *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, Reparaciones y Costas, sentencia de 3 de julio de 2004, serie C N° 108, párrs. 91.a) y 98; Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009, serie C N° 202, párrs. 188 y 189.

47 Corte IDH, *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C N° 172, párrs. 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 y 194(e).

48 Corte IDH, *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de mayo de 2001, serie C N° 76, párr. 195 y 203; Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C N° 99, párr. 189.

49 Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de septiembre de 2005, serie C N° 132, párr. 112.

50 Corte IDH, *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de septiembre de 2009, serie C N° 204, párr. 105; Corte IDH, *Caso*

una base de datos única⁵¹; la construcción de espacios suficientes para las personas privadas de libertad, con celdas ventiladas y luz natural, sanitarios y duchas limpias con privacidad, alimentación y atención en salud adecuadas, oportunas y suficientes⁵²; con respecto a las situaciones de inmigrantes irregulares privados de libertad, que dispongan de información en varios idiomas acerca de su condición legal, fichas con nombres y teléfonos de los consulados, de asesores legales y organizaciones que puedan ayudarlos⁵³.

Con respecto a las comunidades indígenas se ha considerado que constituyen medidas de “otro carácter”, el fortalecimiento de un centro de salud, mediante la dotación de recursos humanos permanentes y calificados en materia de atención a la salud física, psicológica y odontológica, medicamentos y ambulancias equipadas; el diseño e implementación de programas de seguridad alimenticia y nutricional; la mejora de calles y avenidas donde habitan las comunidades; el establecimiento de un sistema de alcantarillado, tratamiento de aguas negras o residuales y abastecimiento de agua potable; la reconstrucción o mejora de las escuelas básicas; y el suministro de energía eléctrica a los habitantes de la comunidades a precios asequibles⁵⁴.

Las referencias anteriores enuncian algunas de las posibles medidas de “otro carácter”, que en el ejercicio de sus competencias y con sujeción a los procedimientos constitucionales y legales puede realizar la Administración Pública, para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad.

Desde el punto de vista formal, tales medidas de “otro carácter” se pueden materializar en la elaboración y ejecución de políticas públicas, en la concepción de planes e instrumentos de ejecución, en la

-
- Masacre de las dos erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C N° 211, párrs. 268 a 270.
- 51 Corte IDH, *Caso Servellón García vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de septiembre de 2006, serie C N° 152, párr. 203; Corte IDH, *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C N° 205, párrs. 509 a 512; Corte IDH, *Caso Masacre de las dos erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C N° 211, párrs. 271-274.
- 52 Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de julio de 2006, serie C N° 150, párr. 146.
- 53 Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2010, serie C N° 218, párr. 272.
- 54 Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, serie C N° 116, párr. 110; Corte IDH, *Caso Masacre de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C N° 250, párr. 284.

promulgación de textos administrativos de contenido normativo, en la expedición de actos administrativos individuales o en la suscripción de contratos, así como en la realización de actuaciones materiales lícitas.

Dado que en ello existe un halo de discrecionalidad, a continuación se analizará cómo se puede aplicar el principio del margen nacional de apreciación.

4.2 El Margen Nacional de Apreciación

Tal como se ha señalado anteriormente, al no existir un único modelo de ejercicio del control de convencionalidad que deban llevar a cabo los órganos que ejercen el Poder Público (subsidiariedad), entre otras razones porque deben hacerlo tanto con sujeción a sus competencias como a los procedimientos constitucionales y legales, previstos para ello en cada Estado (soberanía), las premisas que fijan el rumbo de la Administración Pública en el ejercicio del mencionado control son los principios *pro homine* o *pro persona* (favorabilidad) y efectividad (efecto útil). Es así como siguiendo esta orientación, la Administración Pública –al igual que todas las autoridades nacionales convencionales- a los fines de garantizar a todas las personas el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, cuenta con un margen nacional de apreciación respecto a los estándares convencionales.

El principio del margen nacional de apreciación supone la búsqueda de la armonización entre el cumplimiento de la obligación del Estado, a través de las autoridades nacionales, quienes tienen el deber de garantizar los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad; y la libertad de configuración que tienen estas autoridades, de optar por la adopción de las medidas más idóneas, adecuadas y eficaces para cumplir tal obligación, con sujeción al imperio de la ley y de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico nacional.

Sobre el margen nacional de apreciación la Corte Interamericana ha efectuado algunos pronunciamientos que deben tenerse en consideración. Es así como ha reconocido que el Estado tiene un cierto margen de apreciación de las circunstancias que debe valorar para producir su decisión y considera que no debe cuestionarse su potestad soberana para establecer

ciertas referencias razonables y objetivas, respecto de los aspirantes a obtener la nacionalidad. Siguiendo esta línea de argumentación expresa⁵⁵:

“Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados”.

La competencia de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad sobre los requisitos para obtenerla, no deben ser irrazonables e injustificados, ni la evaluación de los requisitos implicar juicios subjetivos y arbitrarios, ni discriminatorios como consecuencia de su aplicación.

La Corte recuerda que aun cuando los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el establecimiento de los recursos en el ámbito procesal, no deben establecer restricciones que infrinjan la esencia del derecho a recurrir, contenido en el bloque de convencionalidad⁵⁶.

Tanto la formulación teórica del principio del margen nacional de apreciación, como la interpretación efectuada por la jurisprudencia interamericana y la valoración efectuada por la doctrina científica⁵⁷ permiten apreciar, que no existe una única fórmula convencional que las autoridades públicas deban utilizar, para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, por lo que el margen nacional de apreciación permite que la Administración Pública adopte las medidas que sean idóneas, adecuadas, racionales y eficaces para garantizar de la mejor manera posible, la dignidad de la persona y el ejercicio de los derechos humanos que le son inherentes.

Esto supone que se adopten desde medidas preventivas ante la amenaza o riesgo de vulneración de los derechos y las libertades, pasando por medidas de promoción y remoción de obstáculos para su ejercicio, siguiendo con las medidas de supresión, eliminación o extinción de los actos jurídicos que desconozcan, lesionen o vulneren los derechos y libertades, para finalizar adoptando cuando procedan, las medidas

55 Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, párr. 62.

56 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C N° 107, párr. 161.

57 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 697-707.

de reparación, restablecimiento o indemnización y aquellas que constituyan garantías de no repetición⁵⁸.

5 Consideraciones Finales

En el Estado Constitucional por mor del derecho de la convencionalidad, se observa que las Administraciones Públicas nacionales se han integrado al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y por ende están llamadas a actuar en el ámbito de sus competencias convencionales para promover, respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, removiendo todos aquellos obstáculos que impidan o dificulten su efectivo ejercicio⁵⁹.

La fuente de estas competencias no tiene origen en el derecho nacional -constitucional o legal- sino en el derecho internacional público –concretamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰-, que brinda el soporte normativo e interpretativo de las competencias que puede ejecutar la Administración Pública nacional como parte de la organización del Estado, para asegurar tanto que este cumplan sus obligaciones convencionales, como que las personas puedan vivir con dignidad y llevar a cabo el libre y efectivo ejercicio de sus derechos y libertades, conforme al bloque de convencionalidad.

Es así como se puede entender que el derecho convencional configura el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en diferentes niveles y con distintas manifestaciones⁶¹.

En el primer nivel en el ámbito nacional, de manera originaria, principal e inmediata, todos los órganos que ejercen el Poder Público tienen competencia para realizar el control difuso de convencionalidad. Ello

58 Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana*, Universidad de La Sabana-Tirant lo Blanc, México, 2014, pp. 197-198.

59 Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

60 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 65.

61 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de octubre de 2012, serie C N° 259, párr. 143, sostuvo que “Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico”.

supone que también la Administración Pública como autoridad dentro del Estado nacional, se encuentra obligada a actuar en el marco de sus respectivas competencias constitucionales y legales, desarrollando las actividades formales y materiales idóneas, adecuadas, efectivas y útiles para garantizar el real ejercicio de los derechos y libertades. En caso que ello no se lograra a través de la actuación de la Administración Pública, entonces dicho control difuso de convencionalidad puede ser trasladado, según lo que disponga el derecho interno a los órganos jurisdiccionales administrativos y estos en un segundo grado de control de convencionalidad en el ámbito nacional deberán actuar, en ejecución de sus competencias constitucionales y legales, orientados a asegurar la utilidad y efectividad de las medidas adoptadas para garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades⁶².

En el segundo nivel en el ámbito internacional, de manera subsidiaria⁶³, complementaria⁶⁴ y mediata se realiza el control concentrado de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que lleva a que una vez agotados los recursos administrativos o jurisdiccionales nacionales que procedan⁶⁵, -salvo los casos excepcionales que admite el propio Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos⁶⁶-, y en la medida que estos no hayan sido efectivos, los órganos regionales que integran este sistema deberán actuar para determinar si se produjo la violación o el desconocimiento de los derechos humanos y una vez advertida su afectación y no restablecimiento

62 Brewer-Carías, Allan R., Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el Derecho Administrativo, *Hacia un Derecho Administrativo para volver a la Democracia. Liber Amicorum a José R. Araujo-Juárez*, CERECO-CIDEP, Caracas, 2018, pp. 259-279, en especial p. 278.

63 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C N° 259, párr. 142.

64 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 70; Corte IDH, *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de diciembre de 2016, serie C N° 330, párr. 93.

65 El artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: "1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos". Sobre la justificación de la exigencia del agotamiento de los recursos internos se ha pronunciado la Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párr. 61.

66 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, serie C N° 01, párrs. 88 y 91; Corte IDH, *Caso Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párr. 33; Corte IDH, *Caso Mémoli vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de agosto de 2013, serie C N° 265, párr. 46; Corte IDH, *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de mayo de 2014, serie C N° 278, voto conjunto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 55.

oportuno en el nivel nacional, deberán realizar todo lo que sea necesario, pertinente y eficaz para la reparación integral a las víctimas y sus familiares.

Esto permite sostener que el control de convencionalidad multinivel evita cualquier posibilidad de laguna o vacío en el ejercicio del mismo, no existiendo así actividad o incluso inactividad de los órganos que ejercen el Poder Público en cada Estado, que escapen a este control y concretamente en el caso de la Administración Pública nacional, esta se comportaría como una autoridad pública convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en cada uno de sus respectivos países, cuya obligación será promover y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos, reconocidos en el bloque de convencionalidad.

El susodicho control difuso de convencionalidad lo puede realizar la Administración Pública, actuando como autoridad convencional, en los siguientes supuestos:

El primer supuesto sería realizando una interpretación del ordenamiento jurídico nacional conforme al bloque de convencionalidad⁶⁷, es decir, a aquella que sea más favorable o que compatibilice mejor con el ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana, es decir, pro persona⁶⁸. En consecuencia, toda interpretación y consecuente aplicación de actos jurídicos que conduzcan a una limitación, restricción u obstrucción irracional, desproporcionada o sin el fundamento legal admisible en una sociedad democrática, respecto del efectivo ejercicio de los derechos humanos, debe ser desechada por ser inconvencional⁶⁹.

El segundo supuesto sería que ante la imposibilidad de efectuar la aplicación –menos aún la expulsión del ordenamiento jurídico- de un

67 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C N° 209, párr. 340-341; Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220, párr. 233.

68 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, serie A N° 5, párr. 52;

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, serie A N° 18, párr. 156; Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C N° 220, párr. 173; Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C N° 169, párr. 52; Corte IDH, *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de septiembre de 2009, serie C N° 204, párr. 49; Corte IDH, *Caso Wo Ho Wing vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de junio de 2015, serie C N° 297, párr. 126.

69 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, serie C N° 239, párrs. 280-284.

acto jurídico normativo de manera directa en un caso concreto -por ser ello una competencia reservada en el derecho nacional a los órganos que integran el Poder Judicial o a una Corte o Tribunal Constitucional extrapoder-, entonces deberá actuar en ejercicio de sus competencias y ejecutar todas las acciones que insten a aquellas autoridades que sí tienen atribuciones constitucionales y legales, para que con sujeción al ordenamiento jurídico nacional, declaren incompatibles con los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad, aquellos actos jurídicos que sean inconvencionales.

El tercer supuesto se relaciona con la posibilidad de que la Administración Pública sí tenga atribuidas competencias constitucionales y legales, para reconocer la invalidez de determinados actos jurídicos, en cuyo caso deberá interpretar y analizar las posibles aplicaciones, para verificar su conformidad con los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad y en caso de no ser posible tal compatibilidad, entonces deberá proceder a declarar la invalidez del acto jurídico por vicio de inconvencionalidad.

En esencia, estas parecen ser las modalidades como la Administración Pública nacional actuando en su condición de autoridad convencional y con sujeción a sus competencias constitucionales y legales, cumple las obligaciones asumidas por el Estado en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, garantizando el efectivo ejercicio de los mismos, mediante la realización del control de convencionalidad⁷⁰.

En fin, el control de convencionalidad realizado por la Administración Pública es posible, necesario e incluso obligatorio, en la medida que se lleve a cabo con sometimiento al imperio de la ley, que no supone otra cosa, que la sujeción a las normas atributivas de competencias y conforme a los procedimientos establecidos, en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado nacional.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de diciembre de 2016, serie C N° 330, párr. 93.

Fiscalización de Contratos Administrativos

Richard Martin Tirado*

La contratación administrativa es una categoría jurídica en virtud de la cual se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales y que presenta respecto de los contratos privados, ciertas particularidades, debido a que se encuentra sometida a normas de Derecho Público que determinan de manera subyacente su contenido, principalmente, en atención al ámbito dentro del cual se enmarca la actuación de la administración pública.

Producto de la evolución de la contratación administrativa en el Perú a lo largo de los años, actualmente se puede apreciar la coexistencia de un régimen legal general y de diversos regímenes especiales, los que aplican en función a la prestación o actividad a desarrollar o del nivel de gobierno involucrado en la contratación.

Cada uno de los regímenes aludidos presenta sus propias particularidades y en el marco de las mismas, se advierte la intervención de diversos actores a cargo de fiscalizar las actuaciones vinculadas a cada uno de los contratos celebrados a su amparo.

Si bien la fiscalización de las contrataciones públicas abarca las diversas fases de los procesos de contratación, es pertinente señalar que la fase de ejecución es donde las actuaciones irregulares pueden generar un mayor daño a la economía estatal, ya que es aquí en donde se define la pertinencia de la ejecución del servicio y el pago correspondiente al mismo.

* Profesor de pregrado y postgrado de Derecho Administrativo y Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad ESAN y Universidad San Martín de Porres. El autor agradece el apoyo de Jessica Ulfe y Andrea Martín en el desarrollo de la presente ponencia. No obstante ello, cualquier responsabilidad sobre el contenido del documento es de exclusiva responsabilidad del autor.

A continuación, sintetizaremos los rasgos más destacados de los regímenes de contratación administrativa vigentes en el Perú, con particular énfasis en los mecanismos y actores a cargo de la fiscalización de la fase de ejecución de los contratos que se suscriben en el marco de los mismos:

1 Contratación para la Adquisición de Bienes, Servicios, Suministro, Consultoría y Ejecución de Obras

Este régimen de contratación comprende a las adquisiciones de bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras, realizadas por toda entidad del Estado de cualquiera de sus tres niveles de Gobierno (Nacional, Regional y Local), así como aquellas realizadas por empresas estatales.

Actualmente, el marco normativo que rige dichas contrataciones se encuentra consagrado en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Este régimen se caracteriza por una delimitada estructuración de sus procedimientos de contratación, basada en fases en las que interviene diversos actores.

Así, el procedimiento de contratación comienza con la fase interna o preparatoria, en la que interviene única y exclusivamente la entidad contratante y que se orienta, principalmente, a sentar las bases de la futura contratación, mediante la determinación de las características técnicas del bien, servicio u obra requerido por la Entidad. A continuación, el procedimiento de contratación continúa con la fase de selección, en la que la Entidad publicita las condiciones de la contratación a celebrar y elige, entre los postores que se encuentren interesados en satisfacer la necesidad involucrada, a aquel que se encarga de ejecutar el bien, servicio y obra requerido. Esta fase culmina con la celebración del contrato correspondiente entre la Entidad y el postor elegido. Finalmente, el procedimiento de contratación culmina en la fase de ejecución contractual, en la que se ejecutan las prestaciones requeridas y la Entidad efectúa el pago correspondiente a la misma.

En el marco de este esquema de contratación, la labor de fiscalización recae, principalmente, en los siguientes actores:

1.1 La Entidad Contratante

A pesar que no se puede afirmar de manera genérica que las entidades contratantes ostenten un rol “fiscalizador” en el marco de los procedimientos de contratación con el Estado, en ciertos supuestos, la normativa aplicable a las contrataciones del Estado, confiere a la entidad contratante la labor de salvaguardar de manera directa la legalidad de las acciones propias de la fase de ejecución contractual.

Un análisis del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, permite advertir que en determinadas circunstancias, se prevé que sea la entidad la encargada de velar por el cumplimiento de las condiciones legalmente previstas para la ejecución del contrato o de las medidas indispensables para que ésta sea propia. Un claro ejemplo se advierte al observar las condiciones exigidas por el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado¹ y su Reglamento², para la modificación del contrato.

1 **Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado** **Artículo 34. Modificaciones al contrato**

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

34.3 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

34.4 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

34.5 En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el numeral precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas, siempre que se cuente con los recursos necesarios. Adicionalmente, para la ejecución y pago, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

34.6 Respecto a los servicios de supervisión, en los casos distintos a los de adicionales de obras, cuando se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad

De acuerdo con las disposiciones aplicables, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en el caso de contratos de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contractual original, siempre que sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. Similar habilitación se prevé para los contratos de obras, hasta por un máximo del quince por ciento (15%) del monto contractual. Asimismo, se encuentra habilitada para reducir las prestaciones correspondientes a los contratos de bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.²

Sin perjuicio de ello, la normativa prevé que en dichos supuestos, el pago debe ser aprobado por el Titular de la Entidad, extendiendo a éste la responsabilidad de fiscalizar la concurrencia de las condiciones necesarias para la procedencia de la modificación contractual correspondiente.

puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.

34.7 El Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. Para lo regulado en los numerales 34.6 y 34.7 no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.3.

34.8 Para el cálculo del límite establecido en el numeral 34.6, solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.

34.9 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

34.10 Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el Titular de la Entidad.

2 **Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 157. Adicionales y Reducciones

157.1. Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual corresponde contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

157.2. Igualmente, puede disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

157.3 En caso de adicionales corresponde que el contratista aumente de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado, debiendo entregar la actualización del valor de la garantía correspondiente en el plazo máximo de ocho (8) días hábiles de ordenada la prestación adicional. En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción.

Otro supuesto en el que corresponde a la Entidad ejercer una labor fiscalizadora se vincula con la aplicación de las penalidades, principalmente, de la penalidad por mora que requiere de un seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas en lo que al plazo de su ejecución se refiere. Si bien la propia ley prevé las consecuencias jurídicas de tal incumplimiento, corresponde a la Entidad constatar las condiciones que deben cumplir para la imposición de la penalidad correspondiente.

Conviene advertir que el deber de supervisión a cargo de los funcionarios y supervisores de la Entidad Contratante, conforme lo reconoce la doctrina³, se debe dar en todos los niveles, en forma directa o a través de terceros, abriéndose la posibilidad incluso, de contratar servicios especializados en evaluación de gestión.

En adición a los supuestos expuestos, y quizá la labor fiscalizadora por antonomasia que corresponde a la entidad contratante, se vincula con su labor de fiscalización posterior de la documentación presentada por el contratista adjudicatario de la Buena Pro.

A pesar que la normativa actual en materia de Contrataciones con el Estado -a diferencia de sus predecesoras⁴-, no prevé de manera expresa a la fiscalización posterior como una labor a cargo de las Entidades,

3 Retamozo, A., "Contrataciones y Adquisiciones del Estado Y Normas de Control – Análisis y Comentarios", TOMO I, 12ª Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, Pag. 109

4 Al respecto, corresponde tener en cuenta lo señalado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en su Opinión N° 089-2018/DTN que en relación a la fiscalización posterior, previamente a la entrada en vigencia de la Ley N° 30225, señala:

"2.1.5. Dicho lo anterior, debe indicarse que el último párrafo del anterior artículo 42 del Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, establecía que la documentación, declaraciones y traducciones presentadas por el postor ganador de la Buena Pro debían ser sometidas a fiscalización posterior; sin embargo, señalaba que ello sería realizado "(...) conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (...). Al respecto, conforme se ha establecido en anteriores Opiniones, es importante indicar que uno de los propósitos de la fiscalización posterior es disuadir la presentación de documentos falsos e información inexacta por parte de los proveedores.

En ese contexto, corresponde precisar que el anterior artículo 114 del Reglamento, establecía que una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro o cuando esta había quedado administrativamente firme, se generaba entre la Entidad y el postor ganador la obligación de contratar.

Ante ello, resulta pertinente acudir al método de interpretación denominado ratio legis, en virtud del cual «el "qué quiere decir" de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto».

En ese sentido, considerando que el otorgamiento de la Buena Pro generaba la obligación contratar, debía entenderse que la ratio legis del anterior artículo 42 del Reglamento consistía en que la Entidad realizara la fiscalización posterior de los documentos, declaraciones y traducciones presentadas por el postor con quien se suscribiría el contrato.

Por otro lado, el anterior artículo 138 del Reglamento describía un procedimiento cuya finalidad era, precisamente, determinar al postor con quien se suscribiría el contrato por el saldo pendiente de prestaciones por ejecutar.

Por lo expuesto, y en razón de la ratio legis contenida en el anterior artículo 42 del Reglamento, esta disposición era aplicable al postor con quien se suscribiría el contrato para ejecutar el saldo de prestaciones pendientes a que se refiere el anterior artículo 138 del Reglamento."

consideramos que dicha obligación surge en mérito de lo dispuesto en el artículo 34^{o 5} del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

En mérito de dicha obligación corresponde a la Entidad Contratante que realiza el procedimiento de contratación, verificar de oficio mediante el sistema de muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por los administrados, principalmente, en el marco del procedimiento de selección. Cabe precisar que a pesar que la verificación remite, principalmente, a documentación presentada en la fase de selección, ésta se lleva a cabo con posterioridad a la adjudicación de la Buena Pro.

A ello se debe agregar que, en general, la fiscalización posterior comprende a toda la documentación que presenta el contratista ante la Entidad Contratante, por lo que se extiende, incluso, a la presentada para: solicitar ampliaciones de plazo, justificar las demora o la paralización

5 **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.**

Artículo 34.- Fiscalización posterior

34.1 Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento de aprobación automática, evaluación previa o haya recibido la documentación a que se refiere el artículo 49; queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado.

34.2 Tratándose de los procedimientos de aprobación automática y en los de evaluación previa en los que ha operado el silencio administrativo positivo, la fiscalización comprende no menos del diez por ciento (10%) de todos los expedientes, con un máximo de ciento cincuenta (150) expedientes por semestre. Esta cantidad puede incrementarse teniendo en cuenta el impacto que en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana pueda conllevar la ocurrencia de fraude o falsedad en la información, documentación o declaración presentadas. Dicha fiscalización debe efectuarse semestralmente de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto dicta la Presidencia del Consejo de Ministros.

34.3 En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a declarar la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento; e imponer a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa en favor de la entidad de entre cinco (5) y diez (10) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago; y, además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, ésta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.

34.4 Como resultado de la fiscalización posterior, la relación de administrados que hubieren presentado declaraciones, información o documentos falsos o fraudulentos al amparo de procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa, es publicada trimestralmente por la Central de Riesgo Administrativo, a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, consignando el Documento Nacional de Identidad o el Registro Único de Contribuyente y la dependencia ante la cual presentaron dicha información. Las entidades deben elaborar y remitir la indicada relación a la Central de Riesgo Administrativo, siguiendo los lineamientos vigentes sobre la materia. Las entidades están obligadas a incluir de manera automática en sus acciones de fiscalización posterior todos los procedimientos iniciados por los administrados incluidos en la relación de Central de Riesgo Administrativo.

en la ejecución del contrato, sustentar la necesidad de tramitar una adicional al contrato, entre otros aspectos vinculados a la ejecución contractual.

Evidentemente la labor de la Entidad Contratante, de acuerdo con lo señalado por la normativa aplicable no es de naturaleza propiamente fiscalizadora. No obstante, corresponde a ésta, en primer lugar, verificar que el contratista a cargo de la entrega del bien, de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra, adecúe su comportamiento a lo señalado por la normativa aplicable.

Finalmente, y sin perjuicio de los supuestos señalados, conviene señalar que en el marco de los contratos de obra, el TUO de la Ley N° 30225 y su Reglamento, prevé que un supuesto particular de supervisión durante la fase de ejecución contractual.

Se establece que la Entidad Contratante controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor de la obra, quien será el responsable de velar por su correcta ejecución y el cumplimiento del contrato. En tal sentido, se reconoce:

*“2.1.1 En primer lugar, es importante señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 154.1 del artículo 154 del Reglamento, **“Durante la ejecución de la obra debe contarse, de modo permanente y directo, con un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la Entidad, como residente de la obra, el cual puede ser ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos (...).”** (El resaltado y subrayado son agregados).*

Por su parte, el numeral 159.1 del artículo 159 del Reglamento establece que **“Durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin (...).”** (El resaltado y subrayado son agregados)

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado establece la obligación que en toda obra se cuente de modo permanente y directo con un residente de obra, quien es el representante del contratista como responsable técnico de la obra, precisando que dicha representación no lo faculta a pactar modificaciones al contrato.

De otra parte, la normativa de contrataciones del Estado también establece que la ejecución de la obra pública debe contar con un inspector o supervisor de obra, según corresponda, de modo permanente y directo, quien es el responsable de velar directa y permanentemente

*la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato.*⁶

Cabe precisar que tanto el inspector como el supervisor de la obra tienen las mismas funciones y responsabilidades, la diferencia entre ambos radica en que el primero es un profesional de la Entidad Contratante, mientras el segundo es un externo que ha sido contratado expresamente para el cumplimiento de tal función.

1.2 El Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado - OSCE

El Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (en adelante, “OSCE”), es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”) encargado de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, promoviendo las mejores prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.

El OSCE tiene a su cargo la labor de velar y supervisar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y normas complementarias, por lo que evidentemente, se encarga de supervisar las actuaciones correspondientes a todas y cada una de las fases del proceso de contratación.

A través de la Dirección de Supervisión, el OSCE supervisa y fiscaliza de manera selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que se realicen al amparo de la normativa que rige las contrataciones con el Estado.

Es importante precisar que a pesar de su condición de ente de supervisión y fiscalización, las facultades que le han sido expresamente conferidas son, en esencia, bastante genéricas y ambiguas, por lo que su ejercicio se sujeta a la estructuración interna de dicha entidad, la que hasta el momento, no logra abarcar todas las aristas de la contratación con el Estado.

En efecto, la función fiscalizadora del OSCE se advierte, principalmente, en la fase de selección, ya que en la fase de ejecución contractual, su rol es mayoritariamente sancionador y lo ejerce a través del Tribunal de Contrataciones con el Estado, órgano encargado de sancionar

6 OPINIÓN N° 077-2018/DTN

las infracciones cometidas durante dicha fase, tales como: la subcontratación de prestaciones sin autorización de la Entidad o en porcentaje mayor al permitido, el incumplimiento de la obligación de prestar servicio a tiempo completo como residente o supervisor de obra, generar la resolución del contrato, no proceder al saneamiento de vicios ocultos en la prestación ejecutada, la negativa injustificada a ejecutar las obligaciones contractualmente asumidas, presentar información inexacta o documentación falsa.

Sin perjuicio de ello, corresponde al OSCE poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.

Se debe reconocer la necesidad de reforzar la labor fiscalizadora del OSCE a fin de incrementar los controles para evitar, principalmente, la irregular ejecución de los contratos suscritos al amparo de la normativa de Contratación con el Estado.

1.3 La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es el ente rector del Sistema Nacional de Control. En el marco de las facultades que le han sido conferidas de acuerdo con la normativa aplicable a dicho sistema, corresponde a ésta supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientado su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de los valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos.

Cabe precisar que las contrataciones de las entidades sujetas a lo dispuesto por el TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento y que a su vez, se someten al Sistema Nacional de Control, también son objeto de fiscalización por parte de los órganos que conforman dichos sistemas.

En algunos supuestos, la fiscalización a las que se someten dichos procedimientos surge por expreso mandato de la normativa de Contrataciones con el Estado. Por ejemplo, se prevé que cuando sea necesario disponer la realización de prestaciones adicionales en contratos de obra, superiores al quince por ciento (15%) del monto contractual, si

bien la autorización de las mismas corresponde al Titular de la Entidad, su ejecución y pago requiere previa autorización de la Contraloría General de la República.

En otros supuestos, la fiscalización surge a razón del desempeño de las labores propias de los órganos del Sistema Nacional de Control. Cabe precisar que las contrataciones de las entidades sujetas a lo dispuesto por el TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento que se encuentran obligadas a contar con un Órgano de Auditoría Interna -generalmente denominado Órgano de Control- también son objeto de fiscalización por parte de dichos órganos.

Es importante precisar que el control interno comprende acciones de cautela previa, simultánea y verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones.

2 Asociación Público Privadas

Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, en la que se distribuyen de manera adecuada los riesgos del proyecto y se destinan recursos preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en los que se garanticen niveles de servicio óptimos para el usuario. A lo largo de los últimos años, ésta modalidad ha sido objeto de constante evolución en nuestro país.

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos de Activos y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, se ha buscado otorgar al Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, una naturaleza más funcional para el desarrollo de las APPs y Proyectos de Activos.

De manera similar a lo que se señaló respecto a los procedimientos de contratación sujetos al TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, los proyectos ejecutados bajo la modalidad de Asociación Público Privada, independientemente de su clasificación u origen, se desarrollan en las siguientes fases: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual.

Al igual que lo señalado en ocasión del análisis de la normativa de Contratación con el Estado, cada una de las fases señaladas involucra

a diversos actores que asumen distintos roles. No obstante, debido a la envergadura de los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APPs, los actores que participan en cada una de las fases son totalmente diferentes a los actores que participan en los procedimientos sometidos al TUO de la Ley N° 30225.

En el presente caso y luego de analizar las particularidades propias de la normativa aplicable a los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APPs se advierte que en el marco de este esquema, durante la fase de Ejecución Contractual, la labor de fiscalización recae en los siguientes actores:

2.1 El Ministerio de Economía y Finanzas

De acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos de Activos y su Reglamento, el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada es el ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.

Tal como se destaca en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, la razón por la que la rectoría del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada recae en una dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas, surge de la recomendación del Consejo sobre los Principios para Gobernanza Pública de las APP de la OECD⁷, la cual señala que la autoridad central a cargo del presupuesto de un país es la que debe monitorear los proyectos durante todas sus fases para asegurarse que están alineados con las metas de estabilidad macroeconómica de corto y mediano plazo.

En efecto, corresponde a dicha Dirección evaluar el cumplimiento e impacto de la política de promoción de la inversión privada y desarrollo de las APPs y PAs.

Asimismo, para un adecuado seguimiento de la ejecución de los proyectos de inversión y con el objeto de minimizar la probabilidad del surgimiento de controversias entre el sector privado y la entidad pública titular del proyecto, el artículo 10° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 busca consolidar un Equipo Especializado de Seguimiento

7 OECD (2012). Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships. Ver: <http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>

de Inversión, al ubicarlo como un órgano de dependencia funcional y administrativa del Despacho Viceministerial de Economía del MEF.

2.2 Los Organismos Reguladores

Conforme lo previsto en el artículo 57° del Decreto Legislativo N° 1362 y en el numeral 118.1. del artículo 118° de su Reglamento, en el caso de los proyectos en sectores regulados, la supervisión de la fase de ejecución contractual se sujetará a lo dispuesto por la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normatividad vigente.

Los Organismos Reguladores son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera. Actualmente, existen cuatro de éstos y son:

2.2.1 El Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

El OSIPTEL es un organismo público adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, encargado de supervisar y sancionar a las personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones.

De acuerdo con la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, el rol supervisor de dicho Organismo Regulador comprende al conjunto de actividades que desarrolla para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas. La supervisión puede asimismo estar dirigida a verificar el cumplimiento de determinado mandato o resolución de OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada, dentro del ámbito de su competencia.

2.2.2. El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN

El OSINERGMIN es un organismo público adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros encargado de supervisar que las empresas

eléctricas, las de combustibles y las mineras cumplan con las normas legales aplicables a la actividad que realizan.

De acuerdo con el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 040-2017-OS-CD, OSINERGMIN ejerce sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción a través de sus órganos competentes o de Empresas Supervisoras, según corresponda.

En razón de ello, este Organismo Regulador goza de las siguientes facultades:

2.2.2.1 Facultad Supervisora

Comprende la facultad de verificar el cumplimiento por parte del Agente Supervisado de las obligaciones contenidas en la normativa, en los contratos de concesión o en los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, así como en disposiciones administrativas, bajo competencia de OSINERGMIN, en los sectores energético y minero, según corresponda.

2.2.2.2 Facultad Fiscalizadora y Sancionadora

Comprende la facultad de determinar la comisión de conductas tipificadas como infracciones administrativas y, de ser el caso, imponer la sanción correspondiente. Se encuentran comprendidos bajo la competencia supervisora, fiscalizadora y sancionadora del OSINERGMIN, las siguientes actividades:

- a. Del Sub sector eléctrico:
 - Generación de electricidad
 - Transmisión de electricidad
 - Distribución y comercialización de electricidad
 - Planificación, programación y despacho económico del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN)
- b. Del Sub sector hidrocarburos:
 - Respecto de las actividades de gas natural:
 - Exploración
 - Explotación y Producción
 - Procesamiento

- Almacenamiento
- Transporte
- Distribución y comercialización
- Respeto de las actividades de hidrocarburos líquidos:
 - Exploración
 - Explotación y Producción
 - Procesamiento y Refinación
 - Almacenamiento
 - Transporte
 - Distribución y comercialización
- c. Del Sub sector minero:
 - Respeto de las obligaciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones de las siguientes actividades mineras:
 - Exploración
 - Explotación
 - Beneficio
 - Transporte Minero
 - Almacenamiento de concentrado de mineral

2.2.1 El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN

El OSITRAN es un organismo público adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, cuya función general implica, entre otras, la supervisión, fiscalización y sanción respecto de actividades y servicios que involucran la explotación de infraestructura de transporte de uso público como carreteras, aeropuertos, puertos, vías ferroviarias.

De acuerdo con lo establecido en la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios Públicos de Transporte Aéreo, corresponde a OSITRAN velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte y por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes y otros cobros similares que fije o se deriven de dichos contratos.

Dentro de las atribuciones que le han sido conferidas se encuentra la de fiscalizadora y sancionadora en el ámbito de su competencia.

Conforme a lo previsto en su Reglamento General de Supervisión aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-O-SITRAN, su función de supervisión abarca:

- Aspectos Económicos y Comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.
- Aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y su mantenimiento.
- El cumplimiento de las obligaciones vinculadas al desarrollo de nuevos proyectos para la construcción y rehabilitación de infraestructura, y la ejecución de obras, relacionadas a la infraestructura de transporte de uso público.
- El cumplimiento de las obligaciones vinculadas a aspectos administrativos y financieros de la explotación de la infraestructura de uso público.

2.2.2 La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS

La SUNASS es un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, cuyo fin es normar, regular, supervisar y fiscalizar la prestación de servicios de saneamiento, cautelando de forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario.

En el marco de la función supervisora a su cargo, corresponde a SUNASS, verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades, empresas o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier disposición, mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividades supervisadas.

Asimismo, su función fiscalizadora y sancionadora comprende la habilitación para imponer sanciones y medidas correctivas dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

A nivel interno, corresponde a su Gerencia de Supervisión y Fiscalización hacer cumplir los compromisos adquiridos por las Empresas

Prestadoras en lo referente a la prestación de los servicios de saneamiento. En tal sentido, dicha Gerencia deberá velar porque los servicios de saneamiento sean prestados dentro de los rangos de calidad y tarifas establecidos. Igualmente realiza el control de la calidad del agua brindada a la población, así como la supervisión de otras obligaciones que asumen las Empresas Prestadoras, vinculadas a la prestación de los servicios de saneamiento.

De manera general se prevé que dentro de su ámbito de competencia corresponde a éstos ejercer, entre otras, las siguientes funciones:

Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulados o de cualquier otra obligación que se encuentra a cargo de la entidad o actividad supervisada.

Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

Los Organismos Reguladores tienen roles específicos durante la fase de ejecución contractual, de acuerdo con lo establecido en la normativa que rige las APPs, así como en la normativa marco de los Organismos Reguladores. En términos generales, corresponden a éstos velar por el cumplimiento de los términos y condiciones del contrato, principalmente, en lo que refiere a los compromisos asumidos por las partes intervinientes.

2.3 La Entidad Titular del Proyecto

Conforme lo prevé el artículo 146° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, en el caso de Proyectos en Activos, corresponde a la Entidad Titular del Proyecto es la responsable de hacer seguimiento y supervisar las obligaciones contractuales, en caso corresponda. Dicha labor la puede efectuar de manera directo o a través de un tercero, de acuerdo con lo previsto en su respectivo contrato.

De acuerdo con el numeral 6.1. del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1362, el Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local y otra entidad pública habilitada mediante ley expresa, asume la titularidad del proyecto a desarrollarse mediante las modalidades reguladas en dicha norma y, conforme a ésta corresponde, entre otras funciones el efectuar el seguimiento de la ejecución física y financiera de los proyectos regulados en por el referido Decreto Legislativo que se encuentren bajo su competencia.

2.4 La Contraloría General de la República

La intervención de la Contraloría General de la República, tal como sucede en el marco de los procedimientos de contratación sometido al TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se produce en razón de su condición de ente rector del Sistema Nacional de Control.

En tal sentido, la Contraloría General de la República se pronuncia sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, conforme lo prevé el literal l) del artículo 22° de su Ley Orgánica.

2.5 Otros actores

El numeral 181.2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, prevé que en el caso de proyectos que no se encuentren dentro de sectores regulados, los Contratos de APP incorporarán expresamente la entidad pública competente para el ejercicio de la función supervisora.

3. Conclusiones

En razón de lo expuesto se ha arribado a las siguientes conclusiones.

Actualmente en Perú, coexisten diversos regímenes de contratación. El régimen general de contrataciones de bienes, servicios y obras, y diversos regímenes especiales.

En atención a las particularidades propias de cada régimen de contratación, se advierte que son distintos los actores que participan de los mismos, por lo que es en función de cada régimen que se determinar qué actor es el encargo de ejercer las funciones de fiscalización pertinentes.

Independientemente del Régimen de Contratación en el que nos encontremos, no se puede negar que es la fase de ejecución contractual la que amerita particulares esfuerzos en materia de fiscalización ya que, al ser esta la fase en la que ambas partes ejecutan las obligaciones a su cargo, es la fase en la que existen mayores probabilidades de que se generen grandes afectaciones en función a un indebido cumplimiento de las mismas.

En el régimen de Contratación para la adquisición de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, se advierte que el rol fiscalizador se diluye entre diversos actores: la Entidad Contratante, el OSCE y la Contraloría General de la República.

La Entidad Contratante constituye un fiscalizador de primera mano, en la medida que al encontrarse en el centro de la relación contractual, es el principal encargado de velar por que las obligaciones contractualmente asumidas por las partes sean ejecutadas conforme a la ley y al contrato.

El OSCE, en su calidad de ente rector del Sistema de Abastecimiento ejerce un rol de fiscalización permanente, en la medida que se encarga de verificar que los diversos actores que intervienen en el procedimiento de contratación, lo hagan respetando las normas que rigen dicho sistema.

En cuanto a las facultades supervisoras del OSCE en el marco de la ejecución contractual, se advierte que el principal problema existente responde a la falta de claridad con la que las mismas han sido definidas, toda vez que respecto de dicha fase, predominan las facultades sancionadoras, ejercidas a través del Tribunal de Contrataciones del Estado.

La Contraloría General de la República, en su condición de ente rector del Sistema Nacional de Control, tiene entre sus funciones, el velar por el debido uso de los recursos de las entidades públicas, por lo que en el marco de dicha función, su facultad de supervisión se extiende a los procedimientos de contratación convocados en el marco del Sistema de Abastecimiento.

En materia de APPS se advierte que en la fase de ejecución contractual, la labor de fiscalización recae en: el Ministerio de Economía y Finanzas -a través de la Dirección General de Política de Promoción de

la Inversión Privada-, los Organismos Reguladores, la Entidad Titular del Proyecto y la Contraloría General de la República.

La Dirección General de Políticas del Promoción de la Inversión Privada es el ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, debido a la conveniencia de que la autoridad central a cargo del presupuesto de un país sea la que monitoree los proyectos durante sus fases.

Los Organismos Reguladores constituyen organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministro que ejercen sus funciones en el ámbito de la materia correspondiente, conforme al siguiente detalle: (i) OSINERGMIN: electricidad, hidrocarburos y minería; (ii) OSIPETL: servicios públicos de telecomunicaciones; (iii) SUNASS: servicios de saneamiento; y, (iv) OSITRAN: infraestructura de transporte de uso público.

Cada uno de los Organismos Reguladores asume un rol específico durante la fase de ejecución contractual, encargándose del cumplimiento de los términos y condiciones pactadas en el contrato, así como de los compromisos asumidos.

La Entidad Titular del Proyecto, en los casos que corresponde, asume el rol de seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales en el caso de Proyectos en Activos, labor que ejerce de acuerdo a las condiciones contractualmente establecidas.

La Contraloría General de la República interviene en los contratos de APP, en el marco de las funciones inherentes a dicha entidad conforme a lo establecido en las normas del Sistema Nacional de Control, correspondiéndole emitir pronunciamiento respecto de aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del estado.

Los Contratos de APP pueden incorporar la intervención de otras entidades, confiriendo a éstas la función supervisora correspondiente en el caso concreto.

Control de la Contratación Pública y Principio de Buena Administración

José Antonio Moreno Molina*

1 Derecho de la Unión Europea sobre Contratos Públicos

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, vigente en la actualidad al haber derogado a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, constituye la principal norma del hoy muy completo Derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos.

En la terminología comunitaria es conocida como Directiva clásica en la materia, al culminar la evolución de las normas de la Unión sobre contratación pública, que inició con la aprobación de las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente¹.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-la Mancha (España).

1 A esta primera generación de directivas le sucedió, tras la aprobación en el año 1985 del «Libro Blanco» de la Comisión para la consecución del mercado interior la reforma, en 1988 y 1989, de las Directivas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios. Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de directivas que refunden aquellas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en los «sectores especiales». Con la aprobación estas Directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública. Estos textos (con las modificaciones introducidas por las Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, de 13 de octubre de 1997, y por la Directiva del Consejo 98/4/CE), son los que estuvieron vigentes en la materia hasta la aprobación de las Directivas de contratos de 2004: las Directivas 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y la 2004/17/CE sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Junto a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, las instituciones europeas han aprobado la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin precedente en la normativa europea; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Todas estas normas integran ya la cuarta generación de directivas europeas sobre contratos públicos², y pretenden revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública. Tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes³ como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles⁴.

2 Las Directivas Europeas sobre los Mecanismos de Recursos en los Procedimientos de Contratación Pública

Desde los años 80 del siglo XX, los legisladores de la Unión Europea eran conscientes de que toda la completa normativa europea encaminada

Acerca de la evolución del Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública puede verse MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea*. Directivas 4.0, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015.

- 2 GIMENO FELIÚ, J.M. (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 39 y ss.
- 3 RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, La Ley, Madrid, 2012 y «Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RD Leg. 3/2011», *Contratación administrativa práctica*, n.º 119 (2012), págs. 30 y ss.
- 4 Véase PERNÁS GARCÍA, J., *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011 y «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299-323.

a la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública quedaba, sin embargo, en la práctica seriamente amenazada por la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del Derecho comunitario en la materia⁵.

Las Directivas sobre contratos públicos vigentes en ese momento, sobre obras, suministros, servicios y “sectores excluidos”, contenían exclusivamente normas sustantivas que disciplinaban los procedimientos de contratación con el objetivo siempre puesto en la realización de los principios de transparencia y no discriminación. De esta forma, ante la ausencia de normas que específicamente contemplasen mecanismos de garantía, control y cumplimiento de estas directivas, como por lo demás es la regla general para la aplicación del Derecho europeo, correspondía, por un lado, a los propios Estados miembros asegurar ese control y, por otro, a las instituciones comunitarias, Comisión y Tribunal de Justicia, vigilar el cumplimiento efectivo de las Directivas. Ahora bien, estos procedimientos de control no funcionaban por regla general, o lo hacían de modo insuficiente⁶.

Los poderes adjudicadores nacionales seguían cometiendo numerosas irregularidades en la adjudicación de los contratos públicos, ya fuese por desconocimiento de la normativa comunitaria o por mala fe. La mayoría de estas irregularidades se producían antes de que el contrato fuera adjudicado. Así, entre las prácticas fraudulentas detectadas por la Comisión Europea destacaban: el fraccionamiento deliberado de los contratos para escapar de los umbrales de aplicación de las directivas; las informaciones incompletas y erróneas facilitadas a las empresas interesadas y el incumplimiento en general de las normas de publicidad⁷; la introducción en los pliegos de condiciones de cláusulas discriminatorias; recurso abusivo a la contratación directa⁸; incumplimiento de las normas

5 SAMANIEGO BORDIU, G., “El control del Derecho comunitario de los contratos públicos”, *RAP* 123 (1990), p. 402.

6 COMISION EUROPEA, *Apertura de la contratación pública*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1993, págs. 29 y ss.

7 El TJUE ha insistido en su jurisprudencia en que una publicidad adecuada de los anuncios de licitación ofrece a todos los contratistas interesados de la Comunidad la posibilidad de ser informados sobre la licitación y, en su caso, de participar en ella (Sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España, Asunto C-24/91, F.J. 2 y Sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto C 31/87, Gebroeders Beentjes contra Países Bajos, F.J. 22).

8 Puede verse al respecto la Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España Asunto C-24/91. En la misma, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras, “al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto la ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social”, sin que concurriesen los motivos de urgencia alegados por los demandados.

en el ámbito técnico -por ejemplo imponiendo especificaciones técnicas que favorecen a la producción nacional⁹; incumplimiento de las normas en materia de selección (exigiendo pruebas abusivas o exorbitantes, no previstas en las directivas de contratos públicos¹⁰, etc.); incumplimiento de las normas en materia de adjudicación (utilizando sesgadamente el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, utilizando criterios de adjudicación desconocidos por los licitadores, etc.)¹¹; introducción de modificaciones importantes de los pliegos de condiciones que permiten eliminar determinadas ofertas; no observancia del procedimiento a seguir para las ofertas anormalmente bajas¹², etc.

En definitiva, subsistían –y de hecho todavía persisten- tendencias generalizadas en todos los Estados miembros de la Unión Europea, de índole proteccionista, que llevaban a que las entidades contratantes favorecieran a las empresas nacionales¹³.

Pues bien, a esta preocupante situación intentó poner remedio la Unión a través de las directivas conocidas como de “recursos”¹⁴: la Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y la Directiva del Consejo 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (los denominados sectores especiales o de servicio público).

9 Como denuncia la STJUE de 22 de septiembre de 1988, asunto 45/87, Comisión contra Irlanda.

10 Véase la sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, Comisión contra Francia.

11 Acerca de las exigencias de la jurisprudencia del TJUE en relación con los criterios de adjudicación de los contratos públicos, pueden verse las sentencias de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland; de 14 de junio de 2007, asunto C-6/05, Medipac-Kazantzidis y de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, Lianakis.

12 SSTJUE de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, Fratelli Costanzo SpA contra Municipio de Milán, y de 10 de febrero de 1982, asunto 76/81, SA Transpourtoute et travaux contra Ministerio de Obras Públicas.

13 TURPIN, C., *Government Contracts*, Harmondsworth, 1972, cap. 9; WEISS, F., “The law of public procurement in EFTA and the EEC; The legal framework and its implementation”, *Yearbook of European Law* 1987, págs. 59 y ss. ; MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento* (traducción al castellano por CORA ZAPICO LANDROVE), Civitas, Madrid, 1991, p. 386 y, del mismo autor, “Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats”, *Revue du marché unique européen*, n° 3 (1993), págs. 5 y ss.

14 DÍAZ BRAVO, E., “El control de la contratación pública en la fase posterior a la ejecución: control procedimental (recursos) y jurisdiccional”, en AAVV, *Buenas prácticas en la contratación pública: transparencia y responsabilidad social* (dir. MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO y PUNZÓN MORALEDA), ed. Ledoria, Toledo, 2018.

El punto de partida evidente de estas Directivas se pone de manifiesto desde los primeros Considerandos de la Directiva 89/665/CEE, donde se señala que “las directivas comunitarias en materia de contratos públicos(...) no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva”, ya que “los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”.

Así pues, teniendo en cuenta que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria “necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho” (Considerando 3º), el Consejo decidió aprobar estas Directivas sobre “recursos”.

La importancia de la aprobación de las Directivas era, pues, evidente y, además, se pueden considerar como una concreción de la obligación que el artículo 10 del Tratado CE impone a los Estados miembros de crear vías judiciales de recurso efectivas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas del propio Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad.

En cuanto a su contenido, la primera de estas Directivas, la 89/665/CEE, impone como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (artículo 1.1).

A tal efecto, los Estados deben velar para que los procedimientos de recurso que establezcan prevean los poderes necesarios:

1. para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, “medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados” (artículo 2.1.a);
2. para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, “incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento

relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión” (artículo 2.1.b);

3. para conceder “una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción” (artículo 2.1.c).

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, la propia norma analizada (artículo 2.1.a) expresamente menciona a continuación, como supuesto más típico de las mismas, “las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador”. Sin embargo, la Directiva no limita las medidas provisionales a la suspensión, de manera que podrán adoptarse cualquier tipo de medidas.

En la importante sentencia de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98, Alcatel, el TJUE destaca la obligación de los Estados de establecer recursos lo más eficaces y rápidos posibles ya que éstos:

“tienen por objeto las decisiones adoptadas por el órgano de contratación cuando éstas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales que adoptan este Derecho, sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones.”

El Bundesministerium y el Gobierno austriaco alegan esencialmente que la organización del procedimiento ante el Bundesvergabeamt está configurada de tal manera que, después de la celebración de un contrato, la decisión del órgano de contratación sólo podrá ser impugnada en la medida en que la ilegalidad de dicha decisión cause un perjuicio a la parte demandante en un procedimiento nacional de recurso y que, además, dicho procedimiento debe limitarse a simplificar los requisitos para la concesión de una indemnización por daños y perjuicios por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, por lo que se atiene al artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665.

A este respecto, procede observar, como señaló el Abogado General en los puntos 36 y 37 de sus conclusiones, que se desprende ya del propio tenor literal del artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 que la limitación de los procedimientos que en él se establece sólo se refiere a la situación posterior a la celebración del contrato consecutivo a la decisión de adjudicación. De este modo, la Directiva 89/665 establece una distinción entre la fase anterior a la celebración del contrato, en la

cual es aplicable el artículo 2, apartado 1, y la fase posterior a su celebración, respecto a la cual el Estado miembro puede establecer, según el artículo 2, apartado 6, segundo párrafo, que las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limitan a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

De las consideraciones que anteceden se deduce que las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato” (apartados 33 a 43).

El apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 (apartado 9 tras la reforma operada por la Directiva 2007/66) establece que:

“cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes”.

En la STJUE de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/97, Josef Köllensperger GmbH & Co. KG, Atzawanger Ag contra Gemeindeverband

Bezirkskrankenhaus Schaz¹⁵, el Tribunal se planteó, con carácter preliminar, si el Tiroler Landesvergabeamt es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 234 del Tratado, y si, en consecuencia, las cuestiones prejudiciales son admisibles. A este respecto, hay que recordar que, según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia¹⁶. Pues bien, el Tribunal llega a la conclusión de que las normas que regulan el funcionamiento del organismo en cuestión prevén causas de recusación, prohíben expresamente toda instrucción dirigida a sus miembros, por lo que considera que es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 234 del Tratado, y que las cuestiones que ha planteado son admisibles.

Sobre la interpretación del actual artículo 2.9 de la Directiva 89/665, el Tribunal señaló que en virtud de lo dispuesto en el citado precepto, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 9 del artículo 2 de la Directiva 89/665. De esto se deriva que si el organismo responsable del recurso

15 El asunto tuvo su origen en el litigio entre una sociedad austriaca y la Mancomunidad de municipios para la gestión del Hospital comarcal de Schwaz, por otra, con motivo de la adjudicación de las obras de ampliación del centro hospitalario de Schwaz. La empresa en cuestión presentó un recurso ante un organismo administrativo independiente, quien planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE relativas a la interpretación del apartado 8 del art. 2 de la Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros. En esencia, mediante esas cuestiones el organismo austriaco solicitaba que se determine si unas disposiciones como las que regulan su composición y funcionamiento cumplen los requisitos recogidos en el art. 8.2 de la citada Directiva.

16 Véase la STJUE de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C54/96, Rec. p. I4961, apartado 23.

es de naturaleza jurisdiccional, como es el caso en el litigio principal, estas disposiciones de garantía no se aplican.

Tras una compleja y discutida tramitación, fue aprobada por el Parlamento y el Consejo Europeo la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos¹⁷.

El objetivo manifestado por la Comisión en la elaboración de la propuesta de reforma de las llamadas directivas “recursos” era animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembro de la Unión, dándoles la seguridad de que, llegado el caso, podrán entablar recursos eficaces cuando consideren que se lesionan sus intereses en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos. Este refuerzo de la eficacia de los recursos precontractuales incitará a los órganos de contratación a dar mejor publicidad a sus contratos y a sacarlos a licitación en beneficio de todas las partes interesadas.

La Directiva 2007/66 modifica las dos Directivas relativas a los recursos en el ámbito de la contratación pública, tanto la Directiva 89/665/CEE, como la Directiva 92/13/CEE.

Las modificaciones recogidas por la reforma de las directivas de recursos introducen normas coordinadas destinadas a clarificar y mejorar la eficacia de las disposiciones vigentes sobre los recursos precontractuales entablados en el marco de procedimientos formales de adjudicación de contratos o en el marco de contratos de adjudicación directa¹⁸. También tienen como objetivo reorientar el mecanismo corrector que puede activar la Comisión hacia los casos de infracciones graves y, como ya se ha señalado, derogar dos mecanismos (el de certificación de las entidades contratantes y el de conciliación) aplicables únicamente en los sectores especiales y que no han sido utilizados por las entidades públicas.

17 Sobre la propuesta de la Comisión de directiva de modificación de las Directivas 89/665 y 92/13, puede verse TORNOS MAS, J., “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 59 (2006), págs. 45 y ss.

18 Un completo análisis de la Directiva 2007/66 puede encontrarse en NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, *El Derecho de los contratos públicos* (dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 304 y ss.

En las directivas «recursos» se establece una distinción entre, por una parte, los recursos precontractuales, destinados principalmente a corregir a tiempo las infracciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por otra, los recursos postcontractuales, que se limitan, por lo general, a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

Lo que se busca con la modificación de las directivas «recursos» es, sobre todo, mejorar la eficacia de los recursos a disposición de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que han de ajustarse no sólo a las disposiciones específicas de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, sino también a los principios del Tratado CE: libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libertad de establecimiento y los principios que de ellos se derivan, como los de igualdad de trato, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia europea, la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro¹⁹. Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto²⁰.

El objetivo de garantizar la eficacia de los recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se inscribe plenamente en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los

19 Véanse, en particular, las sentencias de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16, y de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 32.

20 Véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S*, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31, y de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonares*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 61.

referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción²¹.

De acuerdo con lo previsto por la directiva de recursos reformada, cuando un órgano de contratación concluya un procedimiento formal de adjudicación de conformidad con las directivas relativas a los contratos públicos, deberá suspender la celebración del contrato hasta que haya transcurrido un plazo de al menos diez días civiles a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores económicos que hayan participado en el procedimiento de adjudicación.

Cuando un órgano de contratación considere que puede adjudicar directamente un contrato cuyo importe sea superior a los umbrales fijados en las directivas sobre contratos públicos, deberá (excepto en caso de urgencia imperiosa) suspender la celebración del contrato durante un plazo mínimo de diez días civiles, después de haber procedido a darle una publicidad adecuada mediante un anuncio de adjudicación simplificado.

En fin, si el órgano de contratación celebra ilegalmente un contrato durante el plazo suspensivo, tal celebración se considerará sin efecto. Las consecuencias de dicha ilegalidad sobre los efectos del contrato serán extraídas por la instancia de recurso competente, si bien para ello será preciso que un operador económico le someta el asunto dentro de un plazo de prescripción de seis meses a partir de la fecha en que se celebró efectivamente el contrato.

El TJUE ya había exigido un recurso específico que impida la celebración del contrato y el comienzo de su ejecución hasta que se produzca su resolución expresa. Así lo señaló en su importante sentencia de 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel):

“Las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a

21 Véase la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, COM(2003) 317 final. Sobre la corrupción en el ámbito de la contratación pública resulta obligada referencia el trabajo de MEDINA ARNAIZ, T., “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, Diario La Ley n.º 7382 (2010), págs. 5 y ss.

establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”.

3 La Incorporación del Derecho Europeo en España y la Creación de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

En España, para incorporar las previsiones de la Directiva 2007/66 y cumplir las obligaciones derivadas de la normativa y jurisprudencia europeas en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007).

Con la reforma de la LCSP 2007 operada por la Ley 34/2010 se introdujeron importantes novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación y se crearon para su resolución unos órganos independientes de carácter administrativo: en la Administración del Estado se denominó Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y varias Comunidades Autónomas constituyeron también sus propios tribunales (Cataluña, Madrid, Castilla y León, Galicia, País Vasco, Cantabria, Extremadura y Andalucía).

Para el ordenamiento jurídico español era imprescindible aprobar esta reforma. En especial, hay que recordar la condena contra España llevada a cabo en la sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/00 y cómo el Tribunal, en su decisiva sentencia Alcatel²², auténtico “leading case” sobre recursos en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, había señalado que las disposiciones de la Directiva 89/665/CEE “deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”.

22 STJUE de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98.

La Ley 34/2010 introdujo el recurso especial en materia de contratación, con carácter potestativo, como había defendido el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006, de 25 de mayo²³.

En la nueva Ley española 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2017), que deroga a la LCSP 2007, se ha ampliado el objeto del recurso especial, para incluir también a los modificados, a los encargos ilegales y a los “rescates” de las concesiones, y se han rebajado los umbrales para quedar establecidos en 3 millones de euros en contratos de obras y concesiones y en 100.000 euros en los contratos de suministros y servicios. Pero como aspecto criticable la LCSP 2017 admite que pueda haber órganos de recursos contractuales locales en Ayuntamientos con la consideración de Gran Ciudad y en las Diputaciones Provinciales, lo que como ha destacado Gimeno Feliú genera una evidente asimetría, poco compatible con el principio de seguridad jurídica y que puede quebrar la esencia del modelo al generar distorsión de criterios²⁴.

Por otra parte, la disposición adicional 24 de la LCSP 2017 contempla expresamente la coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, que ya se producía de hecho desde la creación de los tribunales estatal y autonómicos²⁵, “para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento”. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos²⁶.

23 Apartado X.4.b).

24 GIMENO FELIU, J.M., “Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Publico tras su aprobación en el Congreso de los Diputados”, [25 El primer encuentro de coordinación entre los tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación se celebró en Madrid en diciembre de 2012. En su V reunión anual, celebrada en marzo de 2016, los tribunales aprobaron un documento sobre los efectos jurídicos de las nuevas directivas de contratación pública ante el vencimiento estéril del plazo de transposición, que fue difundido a través de la web \[26 Véase BERNAL BLAY, M.A. \\(2016\\), “Principales novedades del borrador de anteproyecto de ley de contratos del sector públicos”, en AAVV \\(Coord. RODRÍGUEZ CAMPOS, S.\\), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su trasposición*, Marcial Pons, Madrid, p. 270.\]\(http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_documento_final_ESTUDIO_aplicacion_directa_de_las_Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3”, fecha de consulta 27 de febrero de 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.308/reImenu.3/chk.33b1307605d9e74616e0de0d3de5956d?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=327d912d7e-Newsletter_JULIO_20170802&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-327d912d7e-325646537&ct=t(Newsletter_JULIO_20170802)”, fecha de consulta 2 de agosto de 2017</p>
</div>
<div data-bbox=)

4 Principio de Buena Administración y Control de la Contratación Pública

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha jugado un decisivo papel en el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública²⁷ y su influencia sigue siendo clave en el momento actual²⁸, se desprende de forma clara la necesidad de un nuevo paradigma en la contratación pública que garantice el derecho a una buena administración²⁹ y los principios de eficacia, eficiencia, transparencia e integridad³⁰. Como destaca con acierto el profesor Gimeno Feliú, nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado³¹.

El derecho fundamental a la buena administración se consagró en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza, y que tiene desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, “el mismo valor jurídico que los Tratados” (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea –TUE-, apartado 1, párrafo primero).

27 Véase GIMENO FELIU, J.M., “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 23 y ss.; CHINCHILLA MARIN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 33 y ss. y SANCHEZ MORON, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81 y ss.

28 Véase GIMENO FELIU, J.M. (2015), “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 23 y ss.

29 PONCE SOLÉ, J. (2016), “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 175, págs. 57 a 84; RASTROLLO SUÁREZ y GARCÍA JIMÉNEZ (2015), “Buena administración aplicada a los contratos públicos: directiva de recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”, *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 367 y ss. y RODRÍGUEZ ARANA, J. (2012), “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 16, págs. 247-274.

30 OLLER RUBERT, M. (2015), “Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”, *Contratación administrativa práctica*, n° 135, número especial dedicado a “Transparencia vs. Corrupción”, págs. 46-54.

31 Véase GIMENO FELIU, J.M. (2015), “El valor interpretativo...”, *op. cit.*, p. 19.

La sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Cuarta) de 27 de abril de 2016, asunto T-556/11, *Evropaïki Dynamiki*³², aplica el principio de buena administración a los contratos públicos.

Como ha puesto de manifiesto el profesor Martin Rebollo, para el Estado de Derecho resulta imprescindible una Administración controlada y responsable³³. Sin embargo, los mecanismos administrativos convencionales para garantizar los derechos ciudadanos a menudo son insuficientes e ineficaces. Por ello, y como destaca la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, la actuación de la Administración también debe asegurar la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones³⁴.

Deben contemplarse las nuevas vías de tutela de los derechos de los ciudadanos en general en el Derecho administrativo y en particular en la contratación pública desde la perspectiva del derecho a una buena Administración³⁵.

Ponce Solé ha subrayado que el derecho a una buena administración “no es algo ligado a una moral o ética etérea que esté más allá del Derecho: forma parte de éste, que quiere una gestión de calidad y abre la posibilidad de reacción jurídica contra la mala administración (culposa o dolosa, es decir, la corrupción)” y va más allá, entiende que el derecho a la buena Administración constituye la piedra angular del Derecho Administrativo moderno³⁶.

En el ámbito de la contratación pública, el profesor Gimeno Feliu ha subrayado la importancia del control de los contratos y de los recursos en la materia para corregir las debilidades del sistema español de contratación pública, así como la necesidad de desarrollar “una estrategia

32 ECLI:EU:T:2016:248.

33 MARTIN REBOLLO, L: “La Administración de garantías: vigencia y limitaciones”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales n° 13 (1992), págs. 34 y ss.

34 MORENO MOLINA, J.A: “La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano: una excelente manifestación del derecho fundamental a la buena Administración”, Revista Actualidad Administrativa, n° 3 (2014).

35 RODRÍGUEZ ARANA, J., *El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006 y *El derecho a una buena Administración para los ciudadanos: un modelo global de administración*, NetBiblo, La Coruña, 2017; TORNOS MAS, J: *El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública*, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, págs. 629 a 641; y TOMÁS MALLÉN, B: *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2005.

36 PONCE SOLÉ, J: “El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción” en *Control de la actividad estatal*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, octubre 2016, p 237 y Véase PONCE SOLÉ, J: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración”³⁷.

La LCSP 2017 señala en su exposición de motivos que “trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos”.

En su fundamental artículo 1, que recoge los principios generales de la contratación pública, se refiere de forma expresa a la integridad, así como a la publicidad y transparencia de los procedimientos.

Tanto la Directiva 2014/24/UE como la LCSP 2017 plantean diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública y regulan los conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

El TJUE ha reiterado que el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento³⁸.

37 GIMENO FELIÚ, J.M. (2016), “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (Directores GIMENO FELIÚ, J. M.; VILLORIA MENDIETA, M. y TEJEDOR BIELSA, J.), Atelier, Barcelona, págs. 247 y ss.; y GIMENO FELIÚ, J.M: “El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* (2016), pág. 10.

38 Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, apartado 38.

El Control Administrativo sobre Actos Funcionales Discrecionales de los Servidores Públicos: el Caso Específico de las APP

Juan Carlos Morón Urbina *

1 Planteamiento del Tema

No le falta razón al profesor Cassagne, cuando afirmar que “el tema de la discrecionalidad administrativa y su control por el poder judicial continúa siendo una de las cuestiones del Derecho Público que reviste mayor trascendencia y significación para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos”¹ Parafraseándolo podemos afirmar que el tema del control de la discrecionalidad administrativa ejercido por otras autoridades administrativas, como Contralorías Generales o Tribunales de Cuentas, es aún más trascendente para la adecuada gestión pública.

Mucho se ha analizado y escrito al respecto. Actualmente no hay duda alguna sobre la posibilidad real de realizar control jurisdiccional sobre aquella potestad administrativa. El debate más bien se centra en las técnicas adecuadas para ejercerla, tales como el control a través de los elementos reglados del acto (la existencia misma de la facultad, la competencia, supuesto de hecho previsto normativamente, la finalidad

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursa el Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad la Coruña. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Echecopar.

1 CASSAGNE, Juan Carlos; El principio de legalidad y el control de la discrecionalidad administrativa”, Marcial Pons, 2009, p. 173.

de la potestad, la motivación, etc.), el control a través de la motivación del acto, a través de los principios, etc. Así también., se debate sobre el alcance y los límites de la potestad sustitutiva del juez o simplemente, los poderes del juez, para dictar el acto de reemplazo que sustituye al acto discrecional que es anulado.

Ahora bien, en Perú, a partir de la vigencia de la Ley No. 29662 que otorga a la Contraloría General de la República la potestad de sancionar directamente a funcionarios y servidores a título de responsabilidad administrativa funcional, se ha instalado el debate sobre las técnicas legalmente aceptables para ejercer el control gubernamental de legalidad sobre los actos discrecionales de las entidades sujetas a este control administrativo.²

En efecto, la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la mencionada Ley orgánica establece los criterios para ejercicio del control sobre decisiones discrecionales:

“CUARTA. Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales. En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia.” (Énfasis agregado).

Más aun, esta disposición ha sido acaba de ser objeto de una aplicación normativa o especificación para el ejercicio de atribuciones discrecionales en materia de procesos de promoción de la inversión privada por medio de varias disposiciones del Decreto Legislativo No. 1362, que regula la Promoción de la Inversión privada mediante Asociaciones

2 Por lo demás, resulta necesario reconocer que esta directriz encuentra su antecedente inmediato en el Manual de Auditoría Gubernamental aprobado por la propia Contraloría General de la República en 1998, mediante R.C. No. 152-98-CG, el mismo que señalaba en su sección de Desarrollo de Hallazgos de Auditoría:

13. Diferencias de opinión. En el ejercicio de su facultad discrecional, los funcionarios de la entidad pueden adoptar decisiones con las cuales el auditor no está de acuerdo. Tales decisiones no deben criticarse si fueron tomadas en base a una consideración adecuada de los hechos en el momento oportuno. El auditor no debe criticar las decisiones tomadas por los funcionarios, por el solo hecho de tener una opinión distinta acerca de su naturaleza y circunstancias en que debió ser adoptada. Al elaborar los hallazgos el auditor no debe sustituir el juicio de los de los funcionarios de la entidad examinada por el suyo.“

Público Privadas y Proyectos en Activos. Así tenemos como reglas relevantes las siguientes:

Artículo 11. Facultad discrecional de las entidades públicas

Las entidades públicas que tienen a su cargo la aprobación, opinión, conducción, ejecución, supervisión y fiscalización, en cualquiera de las fases de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, están facultadas para actuar discrecionalmente, en el ámbito de sus competencias, con el fin de optar por la decisión administrativa, debidamente sustentada, que se considere más conveniente en el caso concreto, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Luego esta disposición se refuerza con el artículo 5.6 que indica expresamente que “Las opiniones, decisiones y actos realizados durante todas las fases de una Asociación Público Privada, incluyendo las modificaciones contractuales reguladas en el presente Decreto Legislativo, por su propia naturaleza, son inherentes al proceso de toma de decisiones referentes a la inversión a ejecutar; por lo que, se encuentran en el ámbito de la discrecionalidad de los funcionarios respectivos, en concordancia con lo establecido en el artículo 11”. Para concluir esta regulación, la Décima disposición complementaria y transitoria referido a la Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios de los Proyectos de Inversión regulados por el Decreto Legislativo se ha dispuesto que “En el marco del desarrollo de los proyectos de inversión regulados en el presente Decreto Legislativo, los funcionarios responsables de tomar decisiones que implican el ejercicio de discrecionalidad no pueden ser objeto de sanciones ni determinación de responsabilidad, a menos que existan indicios razonables de que actuaron con dolo o negligencia.

2 Control Gubernamental y Control de Legalidad: Virtudes y Problemas

No sin razón se ha afirmado que el control de legalidad se encuentra como prioritaria en la tradición jurídica de los Tribunales de Cuentas que precisamente surgieron al mundo preocupados por el control de

la legalidad de los actos de índole financiera de la administración³ De modo, que su primera labor fue decir si el responsable de la administración actuó conforme o no con la ley, es decir, si su acto estaba respaldado por una disposición legal.

La noción del control de legalidad se encuentra en la raíz misma del Control Gubernamental, de modo que desde el propio artículo 82° de nuestra Constitución se le consagra como una atribución básica:

“Artículo 82°.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. **Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado**, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (...) (Énfasis agregado)

En su desarrollo la Ley Orgánica del Sistema incorpora al control de legalidad en el concepto mismo del control gubernamental del modo siguiente:

“El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.”⁴

Para concluir finalmente, definiendo al control de legalidad como “la revisión y comprobación de la aplicación de las normas legales, reglamentarias y estatutarias y su evaluación desde el punto de vista jurídico”⁵.

Las diversas tareas que comprenden el control gubernamental requieren del apoyo del sistema jurídico para realizar el análisis de la corrección de la gestión evaluada. En sentido propio, toda auditoría gubernamental, sea financiera, de obra o de programas, comprende necesariamente -aunque en diversos grados- una verificación de la

3 ROQUE CITADINI, Antonio; “El control externo de la administración pública”. Editada por la Contraloría General de la República. Caracas, Venezuela, 1999, p. 19

4 Artículo 6, Ley No. 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

5 Novena Disposición Final de la Ley No. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

observancia de las disposiciones legales, por lo cual el control de la legalidad constituye normalmente uno de los objetivos específicos en las actividades de control que se practican a las dependencias y entidades del sector público. El sistema jurídico aporta el criterio o estándar a través de cuyo contraste podrá realizarse el control. Como afirma Silva Cimma, el control de legalidad es:

“aquel que busca y persigue que los actos de la administración controlada se ajusten a las disposiciones de la ley, o, si se quiere en términos más amplios y tal vez más precisos, de las normas jurídicas que regulan la marcha de esa administración, sean estas normas la Constitución, las leyes y aun los reglamentos”⁶.

Desde este punto de vista, el control de legalidad tradicional consiste en cotejar una determinada acción financiera, administrativa, económica o de otra índole intra-administrativa, escogida dentro de una muestra, con la normativa legal que la vincula, para comprobar cómo han sido realizadas según las disposiciones jurídicas que le son aplicables. A eso se le refiere comúnmente como el examen de cumplimiento o de conformidad legal.

El control de legalidad o “examen del cumplimiento legal” variará de acuerdo con el tipo de auditoría que se vaya a realizar, de tal modo que en las auditorías financieras: se orientará a proporcionar una garantía razonable para la detección de aquellos actos ilegales que tengan un efecto, directo o indirecto, suficiente en los estados financieros.

En las auditorías de economía y eficiencia: se orientará a examinar el cumplimiento de la legislación que pueda afectar de manera significativa a la adquisición, gestión y uso de los recursos, y a la cantidad, calidad, oportunidad y costo de los productos y servicios generales y servicios generales suministrados. En la auditoría de gestión se deberá revisar aquella legislación relativa a los objetivos y planes o actividades de la entidad, así como evidenciar si los planes y actividades puestos en práctica han seguido la legislación vigente.

Desde este punto de vista, el control de legalidad tradicional consiste en cotejar una determinada acción financiera, administrativa, económica o de otra índole intra-administrativa, escogida dentro de una muestra, con la normativa legal que la vincula, para comprobar cómo han

⁶ SILVA CIMMA, Enrique; Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público. Editorial Jurídica de Chile, 1994. Primera Edición. p. 46.

sido realizadas según las disposiciones jurídicas que le son aplicables. A eso se le refiere comúnmente como el examen de cumplimiento legal.

Este examen de cumplimiento legal posee como aspecto favorable el constituir cualitativamente un análisis más objetivo y por constituir un medio para asegurar la subordinación administrativa de los agentes públicos. En cuanto a la objetividad de este análisis se afirma que esta visión reúne un alto grado de neutralidad, ya que al emplear como criterio analítico una norma legal previa, ajena e indisponible tanto para el evaluado como para el evaluador, aleja al examen de cualquier subjetividad.

Al tenerse como parámetro de medición la normativa objetivada, el juicio de valoración del auditor queda sometido a razones más estables y sujeto a las reglas de verificación, en mayor nivel que cuando se realiza el control de oportunidad o de gestión, que por su propia naturaleza comporta asumir como criterios aspectos valorativos opinables. Por ello afirma Cordero Vega⁷ que este tipo de control “sea considerado de carácter objetivo”.

Pero contemporáneamente este modo de ejercer el control de legalidad se ha visto afectado por diversos factores, que le son adversos como su perversión en un control procedimental, adjetivo o de formalidades, por valorar por igual el cumplimiento de normas sustantivas (legalidad material) y adjetivas (legalidad formal), con especial énfasis en la segunda, a tal punto que por ejemplo, la propia Declaración de Lima de 1977, se refiere al control de legalidad como un “un control formal” a diferencia de otras modalidades que se agrupan bajo el nombre de “control de realizaciones”.⁸

En verdad, este enfoque del control de legalidad tradicional, olvidó que para su existencia útil requería de su criterio valorativo (la normativa) algunas condiciones indispensables:

La claridad suficiente de la normativa, de tal modo que aquella disposición cuyo cumplimiento se exige posea las características mínimas de aplicabilidad (ej. su publicidad, un texto sin imprecisiones que permitan una doble interpretación, la posibilidad real de cumplimiento, etc.), que brinden a los auditados su cumplimiento sin problemas. De otro

7 CORDERO VEGA, El control de la administración del Estado, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, p. 30.

8 Una visión crítica del control de legalidad puede verse en nuestro trabajo “La Auditoría Jurídica. El control de legalidad de la gestión pública confiado a las entidades fiscalizadoras superiores”. En Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Gaceta Jurídica. Lima, 2013.

modo, frente a la diversidad interpretativa terminaría permanentemente el control fiscal imponiendo a posteriori sus pareceres a las demás entidades gubernativas o, en el supuesto más grave, que ante casos de vacíos normativos o de actos discrecionales, exigir que el auditado haya seguido la opción considera acertada por el auditor a posteriori, aunque ambas sean igualmente posibles. En cualquier caso, la actuación del auditor bajo estos cánones, genera por inducción una administración respaldada en la EFS, y termina entrapando a la gerencia.

Actualidad del contenido y sentido de la norma que se exige, esto es, que al momento de la evaluación la orientación de la normativa preexistente continúe en concordancia y “sintonía” con el sentido global y principios que sigan la regulación de la materia, así como acorde a los retos de la realidad administrativa, que permita al auditor exigir su cumplimiento sin el riesgo de pretender obligar al cumplimiento de alguna normativa impracticable, obsoleta o que de modo sobreviniente haya devenido de modo claro en ilegal o inconstitucional, cuando lo más adecuado sería postular una actualización de la normativa, mediante una modificación legal; pues de otro modo, frente a la contradicción normativa, el control fiscal terminaría teniendo un sentido antievolutivo.

La apreciación diferenciada del control de legalidad al cumplimiento de actos reglados del control de actos discrecionales, de modo que la supervisión sea realizada de manera técnica y sin afectar injustificadamente el margen de apreciación que el ordenamiento atribuye a la administración activa para la concreción del interés público en sus actos discrecionales. Con precisión ha manifestado, Ivanega que es necesario diferenciar entre el control de legalidad propiamente (que se realiza sobre los actos reglados) del control de oportunidad, que es realizado sobre los aspectos discrecionales del acto⁹. En ese sentido el control sobre la administración activa necesita comprender que la forma como el legislador vincula a la administración es más intensa en los actos reglados, que en los actos discrecionales, en los que la sujeción se flexibiliza conscientemente para permitir precisamente márgenes de apreciación a las autoridades indiferentes en cualquiera de sus opciones, que no puede ser desconocido por quien lo controla. Como habíamos manifestado antes, justamente la objetividad que goza el control de legalidad es que quien controla confronta la decisión adoptada, su procedimiento

9 IVANEGA, Miriam; “Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad”. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina. 2003, p. 74.

seguido y su finalidad con aquella disciplina que predetermino antes la normativa y no con su criterio subjetivo de lo que él cree que la norma debería haber dicho o cómo debería haber sido integrada o interpretada por el operador.

En todo caso, ahora para asumir el rol del control de legalidad asignada a las EFS no basta la pacífica confrontación entre el texto de las normas jurídicas y los actos sometidos a control, esto es una labor de comprobación de la corrección, de la regularidad o del cumplimiento legal, sin que el auditor contemple algún valor agregado a su análisis ni un compromiso con los objetivos permanentes de la Administración Pública. Quienes asumen esta tarea deben ser conscientes que en definitiva no son “jueces administrativo” sino verdaderos “evaluadores de la Administración”.

3 Los Actos Reglados y los Discrecionales como Objeto del Control de Legalidad

Resulta clásica la distinción entre la potestad reglada y la potestad discrecional de la Administración. Es pacífica la definición de la primera, la cual queda comprendida como aquella atribución dada por la norma a un órgano predeterminando en términos objetivos sus fines, su contenido, y sus condiciones para su ejercicio, de modo que dicho órgano realiza una actividad de constatación del supuesto de hecho al caso concreto para aplicar únicamente la consecuencia jurídica prevista en la normativa. Así sucede, por ejemplo, en las licencias de aprobación automáticas y la mayoría de evaluación previa, en los que la normativa (incluyendo los TUPAS contienen todos los requisitos para su procedencia). En los actos reglados, la norma actúa a través de la autoridad administrativa, quien la ejecuta sin mayor margen de discernimiento, sin elección posible, subsumiendo el mandato del legislador a cada caso concreto. Aquí, al haber solo una decisión conforme a derecho –salvo que la normativa sea pasible de problemas interpretativos- el control que se realiza sobre ella es básicamente integral, dado que el estándar de medición es la propia norma legal que predetermino todos sus elementos para que se aplique de una sola manera en el caso concreto.

Por el contrario, la potestad discrecional sí ha desatado apasionados debates, sinnúmeros de propuestas y agotadoras tesis sobre su fundamento, alcances y control. En lo que sí no se puede disentir es en su

innegable y perenne necesidad, dado que resulta imposible al legislador prever y regular absolutamente todos los supuestos cambiantes y frente a las complejas realidades que se actualizan permanentemente.

De manera general, podemos afirmar que la discrecionalidad es un modo de atribuir potestades a la administración para que adopte decisiones casuísticas entre varias posibles dentro del marco jurídico de atribución confiando en el criterio de la autoridad administrativa sobre la forma de proceder en los casos concretos. Algunos autores ponen énfasis en el grado de libertad de esta norma concede a la atribución, otros resaltan si es una atribución controlable en su integridad o no, si es una forma de delegación de atribuciones del legislador a la administración para que complete el marco legal. Por ejemplo, SESIN la define de modo neutral como “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”¹⁰.

Por nuestro lado, más que acuñar una definición para los fines de este ensayo, nos importa identificar sus notas características fundamentales:

- La discrecionalidad es producto de la opción de configuración del legislador, no del vacío, silencio o ambigüedad de la norma por el que se le confiere capacidad de apreciación en cada caso concreto, adoptando decisiones responsables y controlables.
- La discrecionalidad que el legislador incorpore al ordenamiento puede permitir a la administración diversos márgenes de apreciación: i) La valoración de circunstancias (ej. La existencia de agravantes y atenuantes en un procedimiento sancionador); ii) La elección de una alternativa entre dos o más que permite el ordenamiento e incluso la de no adoptar la decisión¹¹; iii) La ponderación de intereses y elegir aquel que mejor satisface el interés

¹⁰ SESIN, Domingo Juan; Administración pública. Actividad reglada, discrecionalidad y técnica. Nuevos Mecanismos de control judicial. Segunda Edición. Lexis Nexis, Depalma, p. 2004; p. 133.

¹¹ A diferencia de lo planteado por cierta doctrina en el sentido que la discrecionalidad entraña que cualquiera de las opciones dadas por el legislador son indiferentes para el derecho, nosotros consideramos que ello no es así. Por ejemplo, cuando la propia norma da varias alternativas lo que está pretendiendo es que se dé una solución para un tipo de casos y las otras para supuestos o contextos distintos, siempre adecuada a la fisonomía de cada situación. En cierta medida, el legislador otorga discrecionalidad a la autoridad pero no existe la certeza que en todos los casos será igualmente válida una u otra medida, ya que de por medio hay principios como el de razonabilidad,

público concreto; iv) La apreciación de la oportunidad de adoptar una decisión, v) acudir conceptos jurídicos indeterminados o criterios técnicos extrajurídicos para desentrañar el interés público requerido en el caso concreto; y, vi) elección de la medida idónea para cumplir alguna finalidad señalada por el ordenamiento (ej. Dictar alguna medida correctiva en una actividad de fiscalización).

Algunos de estos márgenes de apreciación de discrecionalidad los podemos encontrar en algunas de las atribuciones dadas por la normativa de contrataciones, tales como la celebración de convenios de cooperación o gestión entre entidades u organismos internacionales, contrataciones con proveedores no domiciliados en el país cuya prestación se realice en el extranjero, la contratación de servicios de conciliadores y árbitros, la definición de características técnicas de bienes, servicios y obras para asegurar sus necesidades, la selección de las fuentes que servirá de base al valor referencial, la identificación del proveedor que será invitado en una contratación exonerada, el otorgamiento de la buena pro a una propuesta que supere el valor referencial hasta en un diez por ciento, la cancelación del proceso cuando desaparezca la necesidad de contratar, la elección de los factores de evaluación y su puntaje dentro de los márgenes que la normativa, la posibilidad de incluir en las bases requerimientos de mejoras o prohibir la subcontratación o incluir penalidades adicionales a las de la norma, la decisión sobre la fecha de la convocatoria, la decisión de optar por administrar directamente el saldo de obra, realizar convenio con otra entidad o invitar postores que participaron en proceso de selección original cuando el contrato sea resuelto, la decisión de declarar la nulidad de un contrato ya celebrado cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 56 de la Ley, la selección que cada entidad realizar entre los contratados bajo convenio marco por el Estado.

La discrecionalidad completa la aplicación de la norma al caso concreto mediante su apreciación subjetiva de aquello que le ha remitido o delegado el legislador.

La decisión adoptada dentro del marco de discrecionalidad demanda una actividad de control sucesivo que respete su grado de apreciación otorgado por el legislador, pues de lo contrario, la discrecionalidad desaparecería.

motivación, eficiencia, etc. Véase al respecto BANDEIRA DE MELLO, Celso; Curso de Derecho Administrativo. Editorial Porrúa y UNAM, 2006, p. 815 y 816

Como puede haberse evidenciado ya, en verdad no existe el acto discrecional ni acto reglado en estado puro, lo que existe son actos de administración y actos administrativos en los que sus elementos presentan algunos aspectos reglados y otros aspectos discrecionales en variada intensidad, según el diseño del legislador, por lo que en algunas decisiones predominará lo discrecional y en otro lo reglado.

4 Las Particularidades del Control de Legalidad sobre Actos de Gestión Discrecionales

Como cuestión de principio, es necesario afirmar que tanto los actos reglados como los actos discrecionales de la administración activa pueden y deben ser objeto de control por parte de los órganos del Sistema Nacional de Control. En ese sentido, no cabe afirmar la existencia de algún acto de gestión excluido de la evaluación o supervisión del Sistema Nacional de control. Por más especializado que sea o de mayor contenido político que fuera, siempre estará sujeto a verificación y supervisión.

No obstante, el modo o forma de ejercer el control de legalidad de unos y otros debe ser estructurado de manera distinta. En particular, los actos de la administración que tienen predominancia discrecional o mejor dicho en los extremos discrecionales deben ser controlados bajo un estándar distinto, y en la medida que se encuentren en algunos de los supuestos descritos anteriormente. ¿Por qué debe ser así? Simplemente porque el énfasis puesto en hacer el control de legalidad en toda la actividad administrativa indiscriminadamente ahoga la iniciativa funcional por el temor a que habiendo otros criterios posibles, no se sepa cuál será la interpretación que siga el controlador, intimidando al decisor¹², y además produciendo innecesariamente nuevas reglamentaciones tratando de prever todas las alternativas posibles para hacer más predecible la conducta y más fácilmente controlable, formalizando la actividad decisoria.

Como bien afirma al respecto el profesor Gordillo:

12 Coincide en ponderar las virtudes de esta norma la propia Contraloría General de la República, para quien la existencia de esta norma "garantiza la toma de decisiones oportunas, conforme al "expertise" profesional de los funcionarios públicos, siempre en el marco legal y con sustento debido". KHOURY ZARZAR, Fuad; "Miedo irracional en la administración pública". Diario El Comercio, 14.FEV.2014, p. A29.

“El énfasis puesto habitualmente en los controles de legitimidad retroalimenta el sistema reglamentario que usualmente rige la actividad administrativa. Se produce un círculo vicioso en que los propios directivos de empresas públicas y funcionarios de la administración crean o proyectan y consiguen reglamentaciones para regir su propia conducta, y en que también esas reglamentaciones les son dadas exógenamente: por temor a que se transgreda al orden jurídico, o a que se diga que se ha transgredido el orden jurídico, se emiten nuevas y más detalladas normas previendo todo posible detalle de la conducta futura”¹³.

Prosigue dicho autor señalando sobre este particular que:

“Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y más fácilmente controlable la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de ese modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan: se llega inevitablemente a la exageración del análisis de juridicidad reglamentario del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Se afirma la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, exenta de control y del reproche administrativo. Desde luego esto es un error, porque por lo general no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento a los recaudos formales, si el funcionario simultáneamente se despreocupa de que sus actos sean además eficaces de acuerdo a las circunstancias”. Para finalizar afirmando que “Con todo ello se produce una incapacidad disciplinada, pues se obliga al directivo a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de los autofijación de objetivos y la autocrítica, y se lo induce a una rutinización progresiva”¹⁴.

Precisamente, la referida Ley No. 29622 establece en su *Cuarta Disposición Complementaria y Final la técnica admisible para ejercer el control sobre actuaciones o decisiones discrecionales de la Administración:*

“CUARTA.- Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales. En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden

13 GORDILLO, Agustín; La Administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997; p. 117.

14 GORDILLO, Agustín; op. cit., p. 118.

observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el *órgano* rector competente en la materia.” (Énfasis agregado).

5 Cuestión Preliminar

¿*Qué* debe entenderse por “En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión”?

La norma en comentario merece una precisión previa. De una lectura literal de la norma pareciera desprenderse que para la existencia de un acto discrecional debería haber una norma que “expresamente autorice algún grado de discrecionalidad”. ¿*Pero* qué significa ello? ¿*Acaso* que en cada artículo o párrafo en que se atribuya alguna potestad discrecional la norma debe enunciar esa calidad expresamente?

En nuestra opinión, resulta absurda esa interpretación, porque el legislador nunca opera de esa manera, ni la discrecionalidad surge de la enunciación de la ley sino de la naturaleza de las cosas. Como bien se afirma en la doctrina, para la identificación de la atribución discrecional:

“son en general tres los aspectos que hay que observar para detectar a presencia de una atribución discrecional: a) el análisis del orden jurídico vigente en el marco de una interpretación contextual autorice una modalidad discrecional; b) el uso de la locución podrá u otras expresiones análogas cuando consientan una libertad de actuación; c) la naturaleza intrínseca de la problemática a dilucidar”¹⁵. Por ello, además se afirma con claridad que “Sin embargo, no es necesario o imprescindible que surja en forma expresa la atribución precitada; bien puede manifestarse en forma implícita”¹⁶.

Veamos dos ejemplos: el caso de las atribuciones discrecionales en materia de contrataciones del Estado y el del proceso de promoción de la inversión privada.

El primero, encontraba reconocimiento a su discrecionalidad en el artículo 46 del D. Leg. 1017 que indica:

15 SESIN; Domingo Juan, op. cit., p. 155

16 SESIN; Domingo Juan; op. cit., p. 155.

“El caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, este deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo”.

No resulta indispensable que en cada atribución se diga que esta es discrecional o esta es reglada, porque ello deriva del análisis del orden jurídico vigente en el marco de una interpretación contextual, del uso de la locución podrá u otras expresiones análogas cuando consientan una libertad de actuación y sobre todo de la naturaleza intrínseca de la problemática a dilucidar. En este *ámbito* son ejemplos emblemáticos de actos predominantemente discrecionales la celebración de convenios de cooperación o gestión entre entidades u organismos internacionales, la contrataciones con proveedores no domiciliados en el país cuya prestación se realice en el extranjero, la contratación de servicios de conciliadores y de *árbitros*, la definición de características técnicas de bienes, servicios y obras para asegurar sus necesidades, la selección de las fuentes que servirá de base al valor referencial, la identificación del proveedor que será invitado en una contratación exonerada, el otorgamiento de la buena pro a una propuesta que supere el valor referencial hasta en un diez por ciento, la cancelación del proceso cuando desaparezca la necesidad de contratar, la elección de los factores de evaluación y su puntaje dentro de los márgenes que la normativa, la posibilidad de incluir en las bases requerimientos de mejoras e identificarlas o prohibir la subcontratación o incluir penalidades adicionales a las de la norma, la decisión sobre la fecha de la convocatoria, la decisión de optar por administrar directamente el saldo de obra, realizar convenio con otra entidad o invitar postores que participaron en proceso de selección original cuando el contrato sea resuelto, la decisión de declarar la nulidad de un contrato ya celebrado cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 56 de la Ley, así como la selección que cada entidad realizar entre los contratados bajo convenio marco por el Estado.

El segundo caso referido, es el del Decreto Legislativo No. 1362, que regula la Promoción de la Inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Así tenemos como regla relevante la siguiente:

"Artículo 11. Facultad discrecional de las entidades públicas
Las entidades públicas que tienen a su cargo la aprobación, opinión, conducción, ejecución, supervisión y fiscalización, en cualquiera de las fases

de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, están facultadas para actuar discrecionalmente, en el *ámbito* de sus competencias, con el fin de optar por la decisión administrativa, debidamente sustentada, que se considere más conveniente en el caso concreto, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el pro-ceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional."

5.1 Primera Regla

No es posible realizar observaciones sobre actos de gestión simplemente por tener opiniones distintas a la adoptada por el servidor público en ejercicio de la decisión discrecional.

La primera regla que podríamos denominar de restricción del ejercicio de control adverso a la discrecionalidad, radica en establecer una prohibición básica a los auditores del Sistema Nacional de Control. No pueden realizar observaciones respecto a los actos discrecionales simplemente por discrepar de la opción adoptada por la administración activa. Admitiendo que el ejercicio de la discrecionalidad conlleva a un margen de apreciación subjetiva no exento de opinabilidad, el auditor no puede plantear una observación descalificando la decisión solo por tener a posteriori una opinión o criterio distinto al que se adoptó en su momento, siempre que se encuentre dentro del margen de discrecionalidad permitido por la legislación. Obviamente para ello, previamente el auditor debe identificar con claridad si la norma que pretende considerar incumplida se encuentra frente a una decisión reglada o discrecional.

La formulación de esta primera regla, en nuestra opinión, se muestra más cabal como un límite natural en respeto de la *ámbito* discrecional de atribuciones de la administración activa en el Manual de Auditoría Gubernamental aprobado por la propia Contraloría General de la República en 1998, mediante R.C. No. 152-98-CG,

"13. Diferencias de opinión. En el ejercicio de su facultad discrecional, los funcionarios de la entidad pueden adoptar decisiones con las cuales el auditor no está de acuerdo. Tales decisiones **no deben** criticarse si fueron tomadas en base a una consideración adecuada de los hechos en el momento oportuno. **El auditor no debe criticar las decisiones tomadas por los funcionarios, por el solo hecho de tener una opinión distinta acerca de su naturaleza y circunstancias en que debió ser adoptada. Al elaborar los hallazgos el auditor**

no debe sustituir el juicio de los de los funcionarios de la entidad examinada por el suyo”.

Así por ejemplo, no podía considerarse observable la inclusión de un puntaje a un factor de evaluación en una licitación por considerar que fue irrazonable o porque el auditor lo hubiese realizado de otra manera, del mismo modo como cuestionar porque se celebra un convenio de cooperación o de gestión entre entidades o con organismos internacionales, la contratación con proveedores no domiciliados en el país cuya prestación se realice en el extranjero, la definición de características técnicas de bienes, servicios y obras para asegurar sus necesidades, la selección de las fuentes que servirá de base al valor referencial, la identificación del proveedor que será invitado en una contratación exonerada, el otorgamiento de la buena pro a una propuesta que supere el valor referencial hasta en un diez por ciento, la elección de los factores de evaluación y su puntaje dentro de los márgenes que la normativa, la posibilidad de incluir en las bases requerimientos de mejoras, la decisión de optar por administrar directamente el saldo de obra, la decisión de no declarar la nulidad de un contrato ya celebrado pese a que concurren los requisitos previstos en el artículo 56 de la Ley, entre otros. Tampoco puede observar una actividad de supervisión realizado por un organismo supervisor aduciendo que debió fiscalizar otra actividad, otra empresa, otro alcance u objeto de fiscalización, ni podría observar una sanción aplicada por considerar que ha sido diminuta o que ha evaluado mal los agravantes o atenuantes previstos en la normativa. En todos estos casos, aunque se pretenda echar mano a principios de razonabilidad, transparencia o eficiencia en apoyo de la observación, lo que se está haciendo es descalificar el ejercicio de la discrecionalidad ejercida por la administración activa.

5.2 Segunda Regla

Únicamente procederá el cuestionamiento de actos discrecionales en tres supuestos. La propia norma señala los *únicos* criterios que pueden fundar la observación de actos discrecionales de la administración activa:

5.2.1 Si la Decisión Fue Tomada Sin una Consideración Adecuada de los Hechos o Riesgos en el Momento Oportuno

Esta cláusula nos recuerda la forma de control de la discrecionalidad a través de los hechos determinantes, que afirma que en la discrecionalidad “no existe libertad alguna de la administración para decidir si concurre o no concurre el supuesto legal. Su libertad comenzara solo a partir de la efectiva concurrencia de *éste* y para actuar o no, o para optar por alguna de las soluciones igualmente admisibles en principio. Ahora bien, la determinación de si se da el supuesto legal abstracto está en función de la existencia de un supuesto de hecho concreto”¹⁷.

Por ejemplo, la adopción de una exoneración por emergencia o por servicios personalísimos, que es una decisión discrecional, solo puede ser válida sui parte de la existencia de los hechos que la justifican (en el ejemplo, precisamente la emergencia o la existencia de servicios que califiquen como personalísimos), sin presumirlos, inventarlos o desfigurarlos a partir de otros hechos.

5.2.2 Si la Decisión Condujo a Resultados Adversos Logrados en Función de los Objetivos y Metas Planteados Inicialmente

La segunda habilitación para cuestionar decisiones discrecionales es a modo de observación de gestión, es decir, si posteriormente se aprecia que la decisión adoptada ha sido negativa para el interés público que buscaba la norma al atribuir la discrecionalidad. Por ejemplo, si la decisión de anular el contrato por parte del Titular (posibilidad opcional en los términos previstos en el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del estado) condujo a que el servicio público vinculado a la obra no se haya podido cumplir en el término y calidad previstos.

5.2.3 Cuando, en los Casos que la Normativa Permita Varias Interpretaciones, la Decisión se Aparte de la Interpretación Oficial Adoptada por el Órgano Rector Competente en la Materia

La *última* de las modalidades de control de legalidad sobre actos discrecionales queda habilitada cuando la administración activa ha ejercido

¹⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano; Lecciones de Derecho Administrativo, Tirant lo Blanch, Segunda Edición, Valencia 2008, p. 262.

su potestad desatendiendo los criterios interpretativos dados oficialmente por los *órganos* rectores sobre la materia. La norma de manera indirecta lo que esta reconocimiento es que dicha potestad discrecional no es tal, sino que estaba reglada, precisamente predeterminada por las opiniones o pronunciamientos dados por los organismos rectores y no estaba en el absoluto *árbítr*o de la autoridad activa. A este efecto, pueden considerar como *órganos* rectores a los de los Sistemas Administrativos, tales como las opiniones del Ministerio de Económica y Finanzas (en temas de contabilidad, crédito, presupuesto, inversión pública, tesorería, endeudamiento), el OSCE (contrataciones del Estado), Recursos Humanos (SERVIR), Planeamiento Estratégico (CEPLAN), Bienes Estatales (Superintendencia de Bienes Nacionales), Archivos (Archivo General de la Nación), etc.

6 Conclusiones

El control de legalidad constituye una de las manifestaciones clásicas del control gubernamental desde sus orígenes. Ha sido ejercido tradicionalmente por las EFS entendiéndolo como un control adjetivo o meramente procedimental, lo cual le ha generado críticas desde la doctrina y la propio gestión, por no ser una control proactivo sino más bien regresivo y formal, sin incidir favorablemente ni atender a las necesidades de una gestión moderna orientada más bien a resultados y al logro de metas.

La normativa nacional reciente plantea un nuevo reto al control de legalidad: distinguir entre los aspectos reglados y discrecionales de la gestión. El ejercicio del control de legalidad y por ende, la determinación de lo observable en el caso de decisiones discrecionales no podrá sustentarse en la diferencia de opinión de parte quien controla, esto es, por discrepar de la decisión adoptada dentro del marco de apreciación dado por la normativa. No es posible que sustituya mediante su criterio a posteriori a la discrecionalidad rectamente ejercida conforme a la flexibilidad que el legislador le otorgo. La observación de un acto de gestión discrecional solo podrá sustentarse válidamente: i) Si la decisión no consideró adecuadamente los hechos o los riesgos en el momento oportuno; ii) Por los resultados negativos logrados según los objetivos y metas planteados; o, iii) Cuando la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el *órgano* rector competente en la materia.

Control Jurídico Político sobre los “*Contratos Incompletos*” y de “*Larga Duración*”

Alejandro Pérez Hualde*

Son numerosos los contratos que la Administración celebra y que tienen carácter esencialmente dinámico e impreciso, como son los casos del suministro, de las concesiones de explotación de bienes del dominio público o de la concesión de servicios públicos¹. Antes hemos dirigido nuestro análisis a estos contratos que la nueva legislación civil y comercial argentina ha denominado contratos “*de larga duración*” y que se encuentran claramente encuadrados entre aquellos que hicieron merecedores del Premio Nobel de Economía en 2016 a los profesores del Massachusetts Institute of Technology (MIT) Oliver Hart y Bengt Holmström por su “*teoría del contrato*” y que basaron los estudios del primero sobre los “*contratos incompletos*”.

Ya antes, Alejandro Contreras² nos advertía sobre la dinámica de los contratos afirmando en su sólido análisis que en estos tiempos:

“la realidad impone a las partes la necesidad de relacionarse de manera más compleja y vertiginosa. Se debe acordar mucho y pronto sobre muchos temas interrelacionados por lo cual gran parte de los

* Profesor de la Universidad Nacional de Cuyo, Universidad Austral y de Mendoza. Miembro correspondiente de las Academias Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba y de Nicaragua.

1 Ver nuestro *Concesión de servicios públicos*, Astrea-Ediciones RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017; también nuestro *Los contratos públicos “incompletos” y los de “larga duración” (con motivo del premio nobel de economía 2016)*, presentado como ponencia ante el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo de 2017 y publicado en Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, CARLOS DELPIAZZO RODRÍGUEZ, OLIVO RODRÍGUEZ HUERTAS, SERVIO TULLIO CASTAÑO GUZMÁN y MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, editores, *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global. Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 381 y ssgs.

2 Alejandro Augusto CONTRERAS, *Contratos incompletos y complejidad. Hacia la administración de la indeterminación*, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, Thomson Reuters, Buenos Aires, t. 2010-VI, p. 16.

contratos terminan siendo difíciles de escribir, de leer y de interpretar... el consentimiento contractual pasa de ser un acto a convertirse en un proceso”.

La Administración Pública no escapa a esta observación.

1 Los Contratos Públicos “*Incompletos*” y los de “*Larga Duración*”

Hace dos años presentamos ante este mismo Foro de profesores la conceptualización de lo que entendemos como contratos “*incompletos*” y de “*larga duración*” según la doctrina económica internacional y jurídica de Argentina, en especial desde su nuevo código civil y comercial actualizado.

Allí señalamos cómo el concepto de contrato de “*larga duración*” proviene de la doctrina que sigue en nuestro país a Ricardo Lorenzetti³, uno de los autores de la mencionada reforma de unificación de los códigos civil y comercial, quien lo analiza en su Tratado de los Contratos. También referimos que el mismo encuentra su origen en los contratos “*di durata*” que la doctrina italiana trató a mediados del siglo XX de la mano de Oppo⁴ y, luego, de Messineo⁵.

Siguiendo a Lorenzetti destacamos su dinámica esencial en la medida en que:

“las partes han previsto la satisfacción de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. De tal modo, no establecen el precio definitivo porque suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas de la cosa porque saben que habrá cambios tecnológicos; no aseguran una obligación de hacer determinada porque seguramente habrá distintas maneras de prestar esa obligación a lo largo del tiempo”⁶.

3 Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

4 Giorgio OPPO, *I contratti di durata*, in “*Rivista del diritto commerciale*”, 1943-I y 1944-I; también en *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, t. III, Cedam, Padova, 1992, p. 200 y sgs. El autor reconoce la precedencia efectiva de los estudiosos alemanes a principios de la segunda década del siglo XX (Gierke, Krücmann y Gschnitzer).

5 Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I. También se registran antecedentes en el derecho británico bajo la denominación de “*long term contracts*”.

6 Ricardo LORENZETTI, *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, en revista *La Ley*, 1997-E, 1103.

Y también recordamos a Hersalis quien pone de manifiesto que el contrato de “*larga duración*” se refiere a:

“conductas multidimensionales, a veces no fáciles de medir ni de estandarizar; se proyecta sobre un futuro de resultados inciertos – cambios tecnológicos, regulatorios, etc.- y supone un notable intercambio de información propia –esto es, no conocida por la otra parte- para poder facilitar, o posibilitar, la realización de las conductas contractuales. Además, las partes han de realizar inversiones –equipos de investigación ad hoc, realización de pruebas y ensayos preclínicos y clínicos sobre ciertas sustancias- que tienen poco o ningún valor fuera de esa específica relación contractual”⁷.

Sostuvimos que esta percepción tiene vinculación consecuente con las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, contenidas en el “*Libro Blanco*”, sobre la previsión de “*la existencia de una cláusula evolutiva que permita adaptar las exigencias en función de las necesidades e inquietudes cambiantes de los consumidores y usuarios y de la variación del entorno económico y tecnológico*”; y, en esta misma línea, José Luis Martínez López-Muñiz⁸ incluía como particularidad necesaria su “*adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales*”.

Desde la economía, esta dinámica ha sido analizada por los mencionados profesores del MIT siguiendo las enseñanzas del mismo Oliver Hart, ya anticipada en su obra con John Moore, donde advierten que:

“uno de los más serios problemas que encaran los escritores de un contrato es aquel de especificar todos los aspectos relevantes para el funcionamiento del contrato. En particular, puede ser prohibitivamente costoso indicar las acciones precisas que cada parte en el contrato debería tomar en cada eventualidad concebible. Debido a estos ‘costes de transacción’, las partes pueden, en la práctica, terminar escribiendo un contrato muy incompleto”... ponen así de manifiesto que “el mayor problema que enfrentan los redactores del contrato es anticiparse y hacer frente adecuadamente a las numerosas contingencias que pueden surgir durante el curso de lo que puede ser una relación muy larga”⁹.

7 Marcelo HERSALIS, *Los contratos de larga duración*, en revista jurídica argentina La Ley, tomo 2011-D, p. 807, Buenos Aires, 2011.

8 José Luis MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, *Servicio público, servicio universal y ‘obligación de servicio público’ en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos*, en “*Os caminhos da privatização da Administração Pública*”, Svdia Iuridica, n° 60, Colloquia 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

9 Oliver HART and John MOORE, *Incomplete contracts and renegotiation*, Working Paper Department of Economics, nr 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology, <http://www>.

Por todo ello sostenemos que son caracteres fundamentales del contrato de *“larga duración”*: a) que la duración es – precisamente - esencial; b) que es imposible su ejecución instantánea; c) que puede no haber precisión en las cantidades, tamaños, modalidades y alcances de las prestaciones; d) que puede no haber un plazo preciso; e) que su mutabilidad es esencial y hace a su naturaleza; f) que es un proceso y – consecuentemente- divisible en su progreso¹⁰; g) que necesita de un instrumento de mantenimiento del equilibrio dinámico de las prestaciones muy alerta a los cambios que exige el sostenimiento de la sinalagmaticidad de las obligaciones recíprocas; h) que por ello mismo es de colaboración exigible para su renegociación razonablemente obligada; y, i) que su rescisión o conclusión anticipada está limitada y sujeta a algunas condiciones y procedimientos previos para su efectiva concreción.

Cabe preguntarnos, ¿son lo mismo el contrato de *“larga duración”* que el contrato *“incompleto”*? Pensamos que no; pues un contrato puede ser *“incompleto”* pero no de *“larga duración”*, aunque no al revés. El carácter de *“incompleto”* puede alcanzar a todos los contratos donde no es posible o es muy caro prever todas las eventualidades que pueden afectarlo durante su larga o corta duración. Y si algún avatar lo afectara, el sistema jurídico tiene previstos remedios como la aplicación de la teoría de la imprevisión o la tradicional construcción francesa sobre el *“hecho del príncipe”*¹¹ según que provenga la causa de la alteración de situaciones ajenas a las partes o del sector público contratante, respectivamente.

El contrato de *“larga duración”*, por su propia naturaleza de contención de obligaciones sin una precisa definición o aun de su existencia misma al momento de contratar, necesariamente –en todos los casos- será *“incompleto”*; las partes lo suscriben conscientes de ello. Y por eso no le son aplicables, en principio, esos remedios ordinarios como la teoría de la imprevisión –porque no la hay- ni del *“hecho del príncipe”*, porque los habrá seguro, sobre todo si se trata de contratos públicos como el de concesión de servicios públicos, en especial, tan sujetos a las políticas sociales del gobierno que conduce la Administración.

archive.org/details/incompletecontra00hart (entrada 26/4/2019), p. 1.

10 Señala con acierto CONTRERAS que *“Las partes se apartan del concepto de hecho único como constitutivo del consentimiento y eligen conformar la voluntad por la vía del proceso”* (cit. p. 29).

11 En este punto no podemos dejar de mencionar el recuerdo afectuoso de nuestro maestro homenajeado en este Foro Iberoamericano José Luis Meilán Gil quien siempre nos preguntaba a los americanos: *“¿Por qué habláis vosotros de hecho del príncipe si no tenéis ni habéis tenido jamás alguno?”*.

Ante la comprobación indudable de que numerosos contratos que celebra la Administración revisten esta doble cualidad esencial de ser “incompletos” y de “larga duración”, se advierte con facilidad la dificultad de su control contractual externo y –más difícil aun- policial de los servicios públicos cuando de ellos se trata por la concesión de su explotación; tanto en su celebración como en su ejecución, en sus re negociaciones y –eventualmente- su conclusión.

Esta complejidad consistente en el reconocimiento de la dinámica propia de estos contratos, cuando tienen por objeto la explotación de un servicio público o el cumplimiento de una función esencial del Estado, exigen un extraordinario esfuerzo de control: a) el de la efectivización de la garantía constitucional involucrada –en razón de su objeto vinculado al interés público-, y b) el contractual propio de la naturaleza pública del vínculo y de sus prestaciones fuertemente dinámicas; pero –reiteramos- ambos controles se ven severamente dificultados por el carácter de “incompleto” que inevitablemente presenta la relación con respecto a la definición precisa de las prestaciones recíprocas asumidas por ambas partes.

Esto es así porque se presenta lo que Contreras¹² describe como “*un contrato en el cual las partes se han autolimitado en la descripción y regulación del total de los supuestos en el momento inicial, para diferir la discusión de todos los asuntos en momentos futuros pero previos a la ejecución*”; entendemos que se refiere a todos aquellos cuya descripción no fue posible o decisivo definirlos al momento de convocar a los interesados en celebrar el contrato. Algunos por su dificultad técnica, otros por el encarecimiento desproporcionado de su costo de determinación, otros por falta de información adecuada y otros porque todavía no aparecen ni muestran evidencia de que surgirán luego con el tiempo durante la ejecución pero que –aun así- serán motivo de necesaria y obligada cobertura por las partes en el contrato.

Y con esta finalidad se hace necesario tener presente en el proceso de contratación las recomendaciones de otro Nobel de Economía (1978) Herbert A. Simon cuando en materia de administración aconseja:

“La tarea de decidir entraña tres pasos: 1) la enumeración de todas las estrategias alternativas; 2) la determinación de todas las consecuencias que se siguen de cada una de ellas; 3) la valoración

12 CONTRERAS, cit., p. 29.

comparativa de estas series de consecuencias”... aclarando inmediatamente que “empleamos deliberadamente el vocablo ‘todas’. Es imposible, evidentemente, que el individuo conozca ‘todas’ sus alternativas o ‘todas’ sus consecuencias, y esta imposibilidad representa una desviación muy importante del comportamiento real del modelo de racionalidad objetiva” y concluye con la reflexión: “Es de esperar que la organización privada tome en consideración únicamente las consecuencias de la decisión que le afectan ‘a ella’, en tanto que el organismo público debe sopesar la decisión en relación con un sistema comprensivo de valores públicos o de la comunidad”¹³.

Compartimos, y tomamos como base de consideración que, cuando se trata de la Administración Pública *“toda contratación está ligada a la satisfacción, directa o indirectamente, de una necesidad pública, social”*... *“todas las etapas están involucradas con tal propósito contractual, esto es partiendo de la decisión de contratar y de fijar el qué y para qué, pasando por toda la tramitación del procedimiento, llegando a la ejecución y la conclusión”*¹⁴; descartamos aquellas propuestas que pretenden limitar la injerencia estatal pública sólo a la etapa de acceso al contrato –normalmente de procedimiento licitatorio-, pretendiendo así, de algún modo, *“privatizar”* el resto de la ejecución y conclusión sometiéndolo a unas posibles reglas de un mercado que en el caso ha desaparecido.

La legislación civil y comercial argentina¹⁵ ha establecido:

“En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

13 Herbert A. SIMON, *El comportamiento administrativo. Estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa*, en <https://es.slideshare.net/jumasari/simon-1947-el-comportamiento-administrativo-1> (entrada 2/5/2019); también, con observaciones, notas y referencias de Pedro Alejandro BASUALDO, en “Errepar”, Buenos Aires, 2011.

14 Miriam Mabel IVANEGA, *Las dimensiones social y ética de los contratos públicos*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazco Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 555.

15 Art. 1011 Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1 de agosto de 2015.

Conforme a ello, en los contratos de esa naturaleza, cuando son públicos nos encontramos con la necesidad de un primer control que es aquél dirigido a verificar cuáles son los aspectos “incompletos” que la autoridad pública contratante ha decidido –o debido- asumir al momento del llamado a concurso para celebrar el contrato; qué puntos son aquellos que han quedado abiertos a eventuales futuras rectificaciones y acuerdos posteriores con la contra parte y, en especial, si fuera posible, su magnitud y sus riesgos implícitos.

Esto nos aconseja varios pasos en el análisis sin pretender con ello elaborar una lista taxativa:

1. determinar cuáles serían – en la medida de lo posible- los puntos incompletos en su descripción más aproximada posible;
2. verificar si el carácter de incompleto atribuido al punto en cuestión es realmente imposible de cubrir, y en qué grado, en el complejo sistema de obligaciones que componen la prestación;
3. si es razonable pensar que las posibilidades de su ocurrencia son, de algún modo, previsibles, y con qué alcance, aunque imprecisas;
4. o si está razonablemente demostrado que resultaría demasiado costoso –en tiempo o en recursos- su concreta determinación a efectos de su incorporación al texto del contrato;
5. qué previsiones y exigencias se hacen necesarias de acuerdo a la naturaleza de las imprecisiones que se asumen conscientemente respecto al contenido del contrato, sobre las cualidades del contratante a determinar y las precauciones posibles que permitan tener la mayor seguridad del cumplimiento efectivo de ese “*deber de colaboración*” de la contraparte para tratar y resolver los temas que surgirán necesariamente –aunque no sea posible su determinación precisa- en ese futuro próximo;
6. la necesaria justificación del instrumento contractual con empresas del sector privado para enfrentar la cobertura de esa necesidad pública en términos tan imprecisos;
7. verificar la más conveniente composición de su estructura en cuanto a alcance de la cobertura –y allí determinar si conviene fraccionar o no lo más posible su territorio-, o su alcance, y analizar si es mejor un contrato por un plazo más o menos prolongado en el tiempo, y la necesidad de las atribuciones de privilegios de monopolio o exclusividad y su alcance efectivo.

Pues podemos afirmar que no existe la posibilidad de asumir en forma consciente algún aspecto contractual incompleto sin un riesgo consiguiente implícito o explícito. Obviamente, a estos deberán sumarse aquellos “*fluyentes*”¹⁶ que no era posible determinar siquiera en razón de que todavía no aparecían en el horizonte del contrato como es el caso de aquellos vinculados a avances tecnológicos que aparecerán con posterioridad a la celebración.

Y ese arduo trabajo de control siempre significa, al menos, agrandamiento del riesgo y – por consiguiente- posible desequilibrio en las prestaciones; máxime cuando esos controles no pueden tener vinculaciones entre sí, ni dependencia ni sujeción entre ellos porque tanto uno como el otro deben verificar la correcta tarea desempeñada por cada uno en defensa de distintos valores en juego: calidad de celebración y ejecución – por una parte - y cumplimiento efectivo de fines públicos comprometidos en la contratación, por el otro.

En otras palabras, el control contractual debe ser, a su vez, verificado por el control político del organismo constitucional específico¹⁷ para evitar alteraciones innecesarias sobre el equilibrio, ya de por sí, cambiante de las prestaciones recíprocas entre las partes del contrato de concesión del servicio público; pues debe atender a que ese control contractual sea llevado a cabo sin provocar distorsiones que luego repercutan en las tarifas que deben pagar los usuarios cautivos del concesionario –especialmente en los servicios de redes físicas- poniendo en riesgo la generalidad del alcance social del servicio, provocando –en algunos casos- la exclusión de sectores sociales de trascendencia por su vulnerabilidad.

No obstante las dificultades comprendidas en la contratación, cuando se trata de servicios públicos se hace necesario hacer prevalecer el control constitucionalmente previsto en la medida en que es uno de los instrumentos de organización y de procedimiento que permiten la efectiva vigencia de la garantía constitucional que es –precisamente- de control sobre la calidad y eficiencia de ellos¹⁸.

16 Son contratos “*que hacen brotar poderes jurídicos que requieren ser fecundados por la acción del tiempo*”, según Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo I, *Teoría general de la obligación. Efectos de las obligaciones. Teoría general de los privilegios*, 4° ed. act. por Patricio RAFFO BENEGAS, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 270.

17 Ver nuestro *Los organismos federales de control en la constitución: de servicios públicos y fiscal*, prólogo de Enrique Bulit Goñi, Ediciones RAP, 2014.

18 Art. 42 Constitución Argentina. La “*calidad*”, es definida como “*la capacidad de un conjunto de características intrínsecas para satisfacer requisitos*” (normas ISO 9000); por lo tanto, el “*control de calidad*”, como garantía constitucional no es otra que la comprobación permanente de que el servicio público se presta efectivamente cumpliendo los “*requisitos*” necesarios para la satisfacción

Por eso es muy necesario para la efectiva vigencia de la garantía que el control contractual sea realizado de un modo muy preciso, técnico y profesional de tal modo de poder llevar adelante uno de sus cometidos que es la vigilancia de la calidad y eficiencia del servicio y –dentro de la primera- de los complejos niveles y categorías tarifarios que posibilitan la accesibilidad al servicio por parte de los sectores más vulnerables que son los que justificaron la decisión jurídico política de imposición del régimen público y su consecuente exclusión del mercado.

Ejemplo de este análisis es el propuesto en su voto por Horacio Rosatti a la hora de controlar:

“la necesidad de incorporar como factor de ponderación los ingresos individuales o familiares del usuario para determinar la tarifa de los servicios públicos no significa consagrar una casuística individual que contemple las casi infinitas situaciones fácticas de los usuarios del país, dificultando al extremo la tarea de cálculo propia del poder administrador, sino el establecimiento de categorías dentro de las cuales puedan agruparse conjuntos homogéneos, de modo de validar el criterio de igualdad que se expresa en el igual trato para quienes están en igualdad de circunstancias”¹⁹.

Asimismo, no debemos olvidar que ese control también es imprescindible para cumplir con el cometido de vigilancia de los intereses provinciales sobre el cumplimiento que el Gobierno Federal lleva adelante en la ejecución del servicio público que le ha sido confiado por todas provincias en nuestro particular régimen constitucional representativo republicano federal (art. 1 CN).

2 El Control Complejo con Participación Amplia

En su momento recomendamos una serie de nuevas exigencias para la contratación pública a través de medidas de prevención ante los contratos dinámicos en el sentido de evitar las trabas a una mejora de la

de la necesidad que tiene por objeto específico, y que –con ese fin- lo hace en cumplimiento estricto de los caracteres esenciales de “*generalidad*” en su alcance –que supone la razonabilidad de las tarifas-, de tratamiento en la “*igualdad*” equitativa prevista en la CN, asegurando su “*continuidad*”, bajo un sistema de “*regularidad*” y en estricto cumplimiento de su “*obligatoriedad*”. Se trata de cumplir con los caracteres que son, precisamente, los que la ley respectiva ha tenido como finalidad cuando ha establecido la cobertura de esa necesidad bajo el régimen propio imperativo del derecho público.

19 Corte Suprema de Argentina, caso “*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y ot. c/ Ministerio de Energía y Minería s/amp. colect.*” –FLP 8399/2016/CS1 del 18-08-2016; comúnmente denominado “*CEPIS*”.

calidad de la contratación estatal. Así fue como aconsejamos proceder a un fortalecimiento del carácter *“intuitae personae”* de los contratos públicos de acuerdo a las líneas trazadas oportunamente por nuestra mejor doctrina nacional.

Nos referimos a Miguel Marienhoff quien opinaba que *“es éste un principio general, válido para todos los contratos administrativos; todos son concluidos ‘intuitu personae’, aun los que se llevan a cabo por licitación”*²⁰. Y fundamos esta preocupación en que en este ámbito de acuerdos de *“larga duración”*, donde, como expresamos ya, existen aspectos *“incompletos”* –de mayor y menor importancia-, que llevan a la seguridad de que el contrato atravesará por renegociaciones y reestructuraciones, que cambiarán los contenidos de las prestaciones en un ámbito de recíproca colaboración, desplaza necesariamente aún más el centro de ponderación de conveniencia del contrato por la licitante desde el mero cálculo de los precios hacia el estudio estricto de las cualidades y capacidades personales de la oferente futura contratante.

Nos preguntábamos: ¿de qué sirve estimar los aspectos matemáticos de las ecuaciones iniciales cuando la estructura técnico económica seguro que cambiará?... por causas diversas –incluida la política- y por ello, necesariamente, también la jurídica; aunque siempre cuidando que esta adaptación de costos y prestaciones del contrato en curso no se convierta en factor de encarecimiento y de frustración del sistema de licitación pública a través de la destrucción de la igualdad originaria de los oferentes, participantes y no participantes, de la puja²¹.

Y ya en la ejecución, y en los sucesivos acuerdos de composición de esos aspectos incompletos, o surgidos –prevista o imprevistamente- gracias a su ya mencionado carácter *“fluyente”*, el control adquiere un carácter esencial porque, como advierte la doctrina, en ese ámbito es esperable una actitud de manipulaciones estratégicas²² en las partes y se hace posible algún grado de corrupción²³ y de alteración en el equili-

20 Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho Administrativo*, tomo III-A, 3ra ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 316.

21 Patrick BAJARI, Stephanie HOUGHTON and Steve TADELIS, *Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis*, NBER Working Paper No. 12051, February 2006, p. 28.

22 BAJARI, HOUGHTON y TADELIS, cit., p. 6.

23 Carlos Alberto BARRETO NIETO, *Modelo de Asociación pública-privada: un enfoque de Teoría de contratos*, en “Revista de Economía Institucional”, vol. 13, n° 25, segundo semestre/2011, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México, p. 273, ver en <http://www.redalyc.org/toc.oa?id=419&numero=21464> (entrada 3/5/2019). Ver en especial: José María GIMENO FELIU, *El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control*, en “Revista Internacional Transparencia e Integridad”, RITI, n° 2, septiembre-Diciembre 2016, p. 5; allí el autor señala

brio a sostener en las renegociaciones que las partes podrían prever en el momento inicial de la contratación²⁴.

La naturaleza del contrato obliga a repensar los límites de la regulación pública frente a la dinámica propia del contrato en su transcurso y realización temporal y por ello –dijimos- hacen necesaria una revisión y recalificación de los controles sobre los comportamientos económicos de esos contratos a fin de prever la verificación y control de sus sucesivas renegociaciones.

Esa tarea de *“sopesar la decisión en relación con un sistema comprensivo de valores públicos o de la comunidad”* recomendada por Simon²⁵ adquiere gran complejidad en este caso concreto porque impone la necesidad de una vigilancia no sólo económica y jurídica sino también política del proceso en todo su desarrollo; no sólo en sus eventuales renegociaciones o rectificaciones que las partes pudieran ir introduciendo como consecuencia de la dinámica propia normal del contrato. Si lo que se controla es un *“proceso”*, un verdadero *“sistema”* de decisión compleja con grandes interrogantes que la acompañan en su elaboración, la naturaleza del control debe adaptarse a ese objeto controlado.

Pues si bien el contrato de concesión del servicio público es bilateral, lo que ya se complica dado el carácter estatal de uno de ellos, debe tenerse en cuenta también que son múltiples los sujetos involucrados en la relación jurídica de base y que ellos también deben tener su posibilidad de participar en esas redefiniciones. Tales son los usuarios, verdaderos acreedores –con acción directa- quienes no podrían ser excluidos en la tramitación de la renegociación en curso²⁶. Cabe recordar la afirmación de la Corte Suprema donde sostiene que la protección del usuario radica:

“en el reconocimiento por parte del derecho constitucional de las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo, dada la

que : *“las empresas españolas consideraron que la causa más destacada en esta fase eran las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (69%), en relación con todas las infracciones que pudieran darse en el conjunto del ciclo de la contratación”*.

24 Patrick BOLTON, *Incomplete contracts and renegotiation. Renegotiation and the dynamics of contract design*, en *“European Economic Review”*, n° 34, 1990, North-Holand, p. 306.

25 SIMON, cit. ya transcrita.

26 BOLTON, cit., p. 310. Tampoco sería posible a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *“CEPIS”* si está en revisión el monto de la tarifa o –agregamos nosotros- una modificación sustancial del servicio (fallo CSJN, *“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y ot. c/ Ministerio de Energía y Minería s/amp. colect.”* –FLP 8399/2016/CS1 del 18-08-2016).

asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas²⁷.

También los organismos técnicos de control independiente y aquellos sectores interesados según la naturaleza del servicio que deben llevar adelante tienen derecho a participar en su vigilancia permanente en el devenir del contrato. Es probable además que el financista pida su legitimación para participar del contrato si fuera algún organismo que permitió la construcción de la infraestructura del servicio o explotación objeto del contrato²⁸.

3 Nuevas Exigencias y Nuevas Pautas para el Control Público de los Contratos “*Incompletos*” y de “*Larga Duración*”

Así como en su momento precisamos algunas peripecias que debería superar un control adecuado de los contratos públicos de “*larga duración*”, que la economía ha demostrado que además son “*incompletos*”, hoy queremos hacer notar cómo debemos sumar algunos ángulos a ese análisis.

Podemos afirmar que la estabilidad económica del entorno en el que se desenvuelve el contrato, que está directamente vinculada y depende de la estabilidad política, es esencial para su desarrollo acorde con las necesidades que el mismo tiene por finalidad cubrir; en especial si se trata de grandes inversiones o de la explotación de servicios públicos.

Pero debemos ser realistas y admitir en nuestro análisis la multiplicidad de factores económico-sociales y políticos que –además de los propiamente jurídicos del contrato- una adecuada preparación del acuerdo debe tener en cuenta. Sobre todo que esa necesaria estabilidad es muy relativa en nuestros países y que frecuentemente será quebrantada y que será muy seguro que habrá que enfrentar severas alteraciones exógenas, aunque no es imposible hacerlo.

Por esa razón es que además de una cuidadosa y adaptable instrumentación de los mecanismos de sostenimiento y ajuste del contrato será de crucial importancia el elemento “*confianza*” que sirve de soporte

27 Caso “*CEPIS*” (considerando n° 17 voto de Lorenzetti y Highton y n° 13 de Maqueda).

28 Esta participación es recomendada por la doctrina atendiendo a aquellos “*riesgos que no son diversificables ni asegurables, la aversión de las empresas al riesgo, las asimetrías de la información y otros costos que hacen incompletos los contratos, se necesitan para crear aspectos involuntarios ex post en los términos del contrato*”; así lo advierte Sherwin ROSEN, *Los contratos implícitos: una reseña*, en revista “*El trimestre económico*”, Fondo de Cultura Económica, México; donde el autor deja constancia de que el trabajo ha sido tomado del “*Journal of Economic Literature*”, vol. XXIII, septiembre 1985, traducido por Eduardo L. Suárez, p. 237.

a esa particular relación contractual, como lo ha señalado oportunamente Farrando²⁹.

Es necesario determinar desde el mismo momento del comienzo del contrato cuáles serán, en principio, las variables económicas y financieras que forman parte del cimiento del contrato a fin de introducirlas en su diseño y de someterlas a una permanente observación técnica profesionalizada de su evolución; sobre todo en sus elementos económicos y en sus efectos sociales perseguidos en materia de equidad y de igualdad de oportunidades que son el objetivo que inspira obligadamente al legislador argentino desde la elaboración del presupuesto mismo conforme a la Constitución (art. 75.8 CN).

Hemos experimentado ejemplos simplificados, como una mera dolarización de las relaciones, que han arrojado resultados erróneos que no han representado la realidad del comportamiento del contrato porque, o bien, no se dolarizaron los salarios que componen el costo real de las prestaciones brindadas efectivamente o, por el contrario, se ha producido una dolarización real de otros costos que han influido grandemente y su incidencia no ha podido ser reflejada por defectos en la detección de su incidencia real en el precio de las prestaciones.

Se trata de lograr esa “*mejor configuración y diseño del contrato, antes de su adjudicación, y de una mejor dirección en la ejecución del mismo*” a la que se refiere Javier Barnes³⁰, que aquí adquieren gran relevancia, y sobre las que se explaya el autor procurando destacar la conveniencia de poner atención en los aspectos positivos y propositivos del compromiso público, en nuestro caso de calidad y eficiencia, y de inclusión social –en el caso del servicio público-, más que en las normas reglamentarias de limitación del accionar estatal en esas mismas actividades de diseño y dirección.

29 Ismael FARRANDO, *La facultad de rescisión del contrato administrativo por pérdida de confianza*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazzo Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 523 y sgs.

30 Javier BARNES, *La contratación como forma alternativa de regulación*, en Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, CARLOS DELPIAZZO RODRÍGUEZ, OLIVO RODRÍGUEZ HUERTAS, SERVIO TULLIO CASTAÑO GUZMÁN y MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 26.

4 Componente Político del Control y Dirección

Este control en la celebración y seguimiento de calidad de la contratación determinará el resto del contrato y su cumplimiento con las expectativas depositadas por aquellos destinatarios de los servicios involucrados. Y ello excede en mucho al mero control normativo y reglamentario; más bien justifica y brinda soporte al nuevo concepto de regulación que la doctrina ha desarrollado en los últimos tiempos.

Se expresa con precisión cuando se afirma que está constituida por:

“la intervención que pretende alcanzar el equilibrio entre las actuaciones de diversos sujetos que intervienen en sectores de relevante interés social, por su importancia económica o por afectar al ejercicio de derechos fundamentales. El regulador no impone un criterio previamente definido en la ley o norma previa. Trata de buscar el equilibrio entre intereses enfrentados. Para ello no suele acudir a mecanismos coactivos, primando el informe, el consejo, la mediación”³¹;

es en estos términos, y desde organismos independientes de la política coyuntural, donde se desarrolla el control que proponemos.

Esta percepción obliga a elevar la mirada hacia los objetivos públicos, de naturaleza política, que marcan el objetivo y los valores involucrados en la noción misma de la determinación presupuestaria, o de la decisión de sometimiento al régimen público de determinada actividad, que llevó a habilitar la contratación.

Por ello es que nos animamos a sostener que la conducción de los instrumentos y mecanismos de dirección y composición y prevención de conflictos, aquí imprescindibles, deberán contar con una capacidad profesional especial en materia política. Política, pero no de la partidaria o de la obsecuente con la conducción gubernamental coyuntural o demagógica con las pretensiones de los usuarios, sino política en su mejor y más alta expresión y asentada en una base de imprescindible independencia.

Tanto la dirección como el control de la relación de *“larga duración”* que irá siendo completada en sus respuestas dinámicas en el tiempo, deben contar con personal idóneo muy capacitado en aquellos elementos

31 Joaquín TORNOS MAS, *La actividad de regulación*, en Francisco SOSA WAGNER, “El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, t. I, p. 1329 y sgs.

que se vinculan con el compromiso político de los objetivos perseguidos por el contrato. Esto es, capacidad para comprender los mecanismos de inclusión social que implica y justifica el régimen público impuesto sobre la actividad y también para estar alerta y atentos al inmenso riesgo de corrupción que este tipo de contratos entraña en la medida en que comprende actividades de ejercicio de poder discrecional de potestades públicas.

Si estas personas a cargo del contrato no poseen una visión amplia del campo socio económico político donde se desenvuelve el contrato en ejecución no les será posible ni el control ni la dirección para llevar a buen puerto el desarrollo de los objetivos perseguidos.

Desde el año 1990 en que se produjeron las primeras privatizaciones después de la denominada “*reforma del Estado*” en mi país, han pasado siete presidentes de la República³² de cuatro conformaciones político partidarias distintas y todas debieron dar respuestas con mayor o menor grado de acierto –técnico y político- a numerosas empresas prestadoras de servicios públicos como las distribuidoras y transportistas de gas natural y de electricidad, de aeropuertos, de corredores viales y fluviales, de telefonía fija, de recolección de residuos, etc., todas ellas permanecen hoy en ejecución de sus contratos en forma continuada sin interrupciones desde la década del '90 en que los obtuvieron con procedimientos licitatorios con mayor y menor transparencia.

Casi tres décadas en las que ha cambiado el mundo, ni qué decir de los avances tecnológicos que esas empresas han debido absorber, las dificultades que se han visto obligadas a sortear; y los también los cambios provocados por las distintas políticas –aunque nunca del todo contradictorias-, que tal vez sean los de mayor publicidad pero de menor impacto en las prestaciones a la hora de un análisis desapasionado y desde fuera de los intereses económicos y de poder en juego.

Probablemente, el factor político de mayor impacto en el transcurso de estos contratos de “*larga duración*” sobre los servicios públicos en mi país y en otros de la región, sea la corrupción estructural que nos afecta y contra la cual estamos poniendo en estos tiempos particular empeño

32 No tomamos en consideración los cuatro presidentes que en una semana se desempeñaron durante la crisis de los últimos días del año 2001 sino que contamos a quien resultó determinado, Eduardo Duhalde, y gobernó durante más de un año los destinos de la Argentina.

en su eliminación³³ advertidos, de algún modo, por el ejemplo brasileño y peruano.

Pero esa corrupción ya estaba antes; y fue en ese ámbito que se celebraron esos contratos, no han sido una sorpresa sobreviniente; nos ha acompañado a los argentinos durante los treinta años que acabamos de marcar; ya en 1995 la calificación de nuestro país era de 3,9 en una escala de 1 a 10, es decir, aplazados. Hoy podemos exhibir un 4, podríamos decir que “*aprobados*” en la antigua escala local. Nuestra ubicación relativa es en el puesto 85 de la totalidad de los países; hemos mejorado casi 20 puestos en los últimos años pero casi con la misma puntuación... es decir, los otros empeoraron³⁴.

Es muy frecuente en nuestros países de la región que se nos presente lo que Nino define como:

“la conducta de quien ejerce una determinada función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones, o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también, la conducta del tercero que lo induce a o se beneficia con tal incumplimiento”³⁵;

es su definición de corrupción que aunque fuera anterior, sigue siendo la más grande amenaza en nuestros contratos a lo largo de toda su duración dada la magnitud del margen de decisión discrecional que implica necesariamente y de lo difícil de precisar sus límites en la falta de razonabilidad y la desviación de poder.

Esta indudable dimensión política para percibir con claridad la corrupción, que es la que impone la necesidad de instrumentos y agentes con capacitación especial en el tema, la brinda Garzón Valdés cuando afirma que:

“la corrupción-soborno tiene una pretensión normativa antisistémica que la coloca en la vecindad de las actividades revolucionarias. Al igual que estas últimas, conduce a la destrucción del ‘sistema de creencias que constituye el fundamento de un determinado sistema político’... la diferencia fundamental entre el acto revolucionario y la

33 Ver nuestro *Avances culturales en la lucha contra la corrupción*, en “*Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo Federalismi.it*”, Focus America Latina, 22 diciembre de 2017, Roma.

34 Fuente Corruption Perception Index de Transparency International (entrada 3/5/2019) www.transparency.org/whatwedo/publication/corruption_perceptions_index_2018

35 Carlos NINO, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, p. 112.

corrupción consiste en que mientras el revolucionario desea el derrocamiento del sistema normativo relevante y puede recurrir a la corrupción como medio, el corrupto persigue un doble objetivo realizable sólo si se conserva el sistema³⁶.

Y todo ello no ha sido posible de erradicar aun a pesar de nuestro inconcluso sistema constitucional argentino (art. 42 CN) que contempló instrumentos eficaces de prevención y solución de conflictos, ni de sus organismos de control, incorporados en la Reforma de 1994, que no han logrado el objetivo político de su diseño³⁷ donde no se ha puesto el fundamental empeño en su integración “necesaria” por las asociaciones de defensa de consumidores y usuarios y por las provincias interesadas³⁸.

Sobretudo el problema radica en que no ha sido posible la construcción de los organismos eficaces de control; se ha puesto empeño en que éstos no sean capturados por los concesionarios y contratantes sometidos al control, con algún grado de éxito, pero no se ha logrado evitar su apropiación por parte de la política coyuntural de gobiernos con sus intereses también coyunturales de la política de partido transitoria con sus esquemas de lealtades personales³⁹ que condicionan y desvían su funcionamiento institucional.

Es innegable la colaboración que han prestado al sistema de contrataciones las líneas empresariales encolumnadas tras los compromisos asumidos en el marco del denominado “compliance”, analizado por Juan Carlos Morón⁴⁰, pero no debemos olvidar que los valores perseguidos en ese marco normativo loable son aquellos vinculados fundamental y preponderantemente a la salud del mercado y de la transparencia de la competencia comercial hoy de dimensiones globales, y no los objetivos político sociales y culturales que son el punto de referencia en nuestros contratos vinculados a la prestación de los servicios públicos o de las funciones esenciales del Estado.

36 Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Calamidades*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004, p. 211.

37 Ver nuestro *Los organismos federales de control en la constitución...*, cit.

38 Art. 42 CN último párrafo.

39 Ver nuestro *Desviación de poder como “sistema” y un instrumento necesario: las lealtades personales*, en revista “La Ley”, Buenos Aires, 2013.

40 Juan Carlos MORÓN URBINA, *La Utilidad de los Programas de Cumplimiento (compliance) en las organizaciones empresariales de los contratistas para prevenir ilícitos en el Derecho de las Contrataciones Públicas*, IJ Editores, cita online: IJ-CDLXVIII-950, Buenos Aires, 2017.

5 Reflexión

Del análisis que hemos llevado a cabo en nuestras últimas investigaciones en materia contractual, donde nuestro objeto ha sido especialmente dirigido a los mensajes que sobre la materia nos ha brindado la economía desde sus destacados doctrinarios merecedores de los máximos premios a esa ciencia, surge la necesidad evidente de incorporar también los instrumentos políticos necesarios para poder arribar a un más completo panorama de la realidad sometida a nuestra observación.

La incorporación de fuerte e ineludible presencia de la economía en los contratos “*incompletos*” y de “*larga duración*” hace imprescindible la introducción de la ponderación política en su más alta expresión. No debemos olvidar que:

“la política es diferente y superior a la economía”⁴¹ y tampoco que “la política, que fija el fin de la organización social humana, aparece como la disciplina de máxima jerarquía en el orden de las ciencias del hombre y es ciencia subordinante del Derecho y de la Economía”⁴².

Este es nuestro rumbo en el análisis y es nuestra forma de sumarnos a la tarea, difícil en nuestro mundo materialista, monetizado y consumista, propuesta por Rodríguez-Arana Muñoz⁴³, de “*evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este Ordenamiento Jurídico Administrativo Global*”. Claro que por eso es que necesariamente debemos adentrarnos en su análisis comprensivo porque tampoco sería posible oponerle respuestas económicas o técnicas irracionales o irrealizables, utópicas, que serían rápidamente descartadas por inviables. Ni

41 Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Otra vez sobre la política y la economía*, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, n° 53-54, enero diciembre de 1993, Santiago, 1993, p. 30.

42 Olsen A. GHIRARDI, *Política, Derecho y Economía*, en XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires y Córdoba, *Derecho, Política y Economía. Equilibrios y desequilibrios*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 29.

a43 Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Los principios generales de la contratación pública global (Especial referencia al derecho Comunitario Europeo)*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazco Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 783.

pretender que sea posible una regulación sin efectos económicos y sociales como advierte Gordillo⁴⁴.

Merece especial atención en estos tiempos de desigualdad preocupante, no sólo en nuestra región sino a nivel universal, la conducción y control de los contratos dirigidos a la búsqueda de una distribución equitativa de los recursos muy escasos pero necesarios para alcanzar ese “*nivel de vida adecuado*” al que nos hemos jurídicamente obligado a alcanzar en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también en la Convención Americana de Derechos Humanos y en su Protocolo de San Salvador⁴⁵.

Y esa es una empresa jurídica y política de compromiso concreto en el accionar de la Administración y también de las organizaciones públicas no estatales que debemos fortalecer para no “*estatizar*” la responsabilidad social frente a la exclusión; es necesario asumir que es tarea de todos. Y eso se ve reflejado claramente en los actores y participantes de los contratos de concesión –en especial- de servicios públicos⁴⁶.

En el contrato de “*larga duración*” dirigido al cumplimiento de objetivos económico sociales y políticos necesariamente deben ser ponderados todos sus perfiles y de ellos el político muy especialmente, siempre guiado por el principio de juridicidad que el Estado constitucional de derecho hoy nos impone a través de la globalización de los principios y de la búsqueda de ese común denominador axiológico universal que estamos obligados a construir para mejorar nuestro mundo que hoy ya asumimos en su pequeña dimensión y necesaria interacción para encarar los desafíos humanitarios que reclama con urgencia cada vez mayor y cada vez más ineludible en nuestra cultura compartida.

44 Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, tomo 2 *La defensa del usuario y del administrado*, 11 ° edición, dir. Marcelo Bruno dos Santos, Buenos Aires, 2014, p. VII-8, 304.

45 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2-1) dispone que cada Estado parte “*se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 2) sostiene que “*los Estados parte se comprometen a adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”... y el límite material está dado por el que “*permitan los recursos públicos y los de la comunidad*” (art. 26). Ver Juan Gustavo CORVALÁN, *Derecho Administrativo en transición*, prólogo de Juan Carlos Cassagne, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016. El autor destaca “*la inserción voluntaria de los Estados a un sistema jurídico-político supranacional vinculante*” (p.19).

46 Ver nuestro *Concesión de servicios públicos*, Astrea-Ediciones RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

Bibliografía

- BAJARI, Patrick, Stephanie HOUGHTON and Steve TADELIS, *Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis*, NBER Working Paper No. 12051, February 2006.
- BARNES, Javier, *La contratación como forma alternativa de regulación*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazzi Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 26.
- BARRETO NIETO, Carlos Alberto, *Modelo de Asociación pública-privada: un enfoque de Teoría de contratos*, en “Revista de Economía Institucional”, vol. 13, n° 25, segundo semestre/2011, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México, p. 273, ver en <http://www.redalyc.org/toc.oa?id=419&numero=21464> (entrada 3/5/2019).
- BOLTON, Patrick, *Incomplete contracts and renegotiation. Renegotiation and the dynamics of contract design*, en “European Economic Review”, n° 34, 1990, North-Holand, p. 306.
- CONTRERAS, Alejandro Augusto, *Contratos incompletos y complejidad. Hacia la administración de la indeterminación*, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, Thomson Reuters, Buenos Aires, t. 2010-VI, p. 16.
- CORVALÁN, Juan Gustavo, *Derecho Administrativo en transición*, prólogo de Juan Carlos Cassagne, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
- FARRANDO, Ismael, *La facultad de rescisión del contrato administrativo por pérdida de confianza*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazzi Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 523 y sgs.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004.
- GIMENO FELIU, José María, *El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control*, en

- “Revista Internacional Transparencia e Integridad”, RITI, n° 2, septiembre-Diciembre 2016, p. 5.
- GHIRARDI, Olsen A., *Política, Derecho y Economía*, en XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires y Córdoba, “Derecho, Política y Economía. Equilibrios y desequilibrios”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 29.
- GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, tomo 2 *La defensa del usuario y del administrado*, 11° edición, dir. Marcelo Bruno dos Santos, Buenos Aires, 2014.
- HART, Oliver and John MOORE, *Incomplete contracts and renegotiation*, Working Paper Department of Economics, nr 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology, <http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart> (entrada 26/4/2019).
- HERSALIS, Marcelo, *Los contratos de larga duración*, en revista jurídica argentina *La Ley*, tomo 2011-D, p. 807, Buenos Aires, 2011.
- IVANEGA, Miriam Mabel, *Las dimensiones social y ética de los contratos públicos*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazzo Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 551.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- _____. *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, en revista *La Ley*, 1997-E, 1103.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo I, *Teoría general de la obligación. Efectos de las obligaciones. Teoría general de los privilegios*, 4° ed. act. por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho Administrativo*, tomo III-A, 3ra ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Servicio público, servicio universal y ‘obligación de servicio público’ en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos*, en “Os caminhos da privatização da Administração Pública”, *Stvdia*

- Ivridica, n° 60, Colloquia 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La Utilidad de los Programas de Cumplimiento (compliance) en las organizaciones empresariales de los contratistas para prevenir ilícitos en el Derecho de las Contrataciones Públicas*, IJ Editores, cita online: IJ-CDLXVIII-950, Buenos Aires, 2017.
- NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.
- OPPO, Giorgio, *I contratti di durata*, in “Rivista del diritto commerciale”, 1943-I y 1944-I.
- _____. *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, t. III, Cedam, Padova, 1992, p. 200 y sgs.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Otra vez sobre la política y la economía*, en “Revista de Derecho Público”, Universidad de Chile, n° 53-54, enero diciembre de 1993, Santiago, 1993.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Desviación de poder como “sistema” y un instrumento necesario: las lealtades personales*, en revista “La Ley”, Buenos Aires, 2013.
- _____. *Los organismos federales de control en la constitución: de servicios públicos y fiscal*, prólogo de Enrique Bulit Goñi, Ediciones RAP, 2014.
- _____. *Concesión de servicios públicos*, Astrea-Ediciones RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.
- _____. *Los contratos públicos “incompletos” y los de “larga duración” (con motivo del premio nobel de economía 2016)*, presentado como ponencia ante el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo de 2017 y publicado en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazzo Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global. Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 381 y ssgs.
- _____. *Avances culturales en la lucha contra la corrupción*, en “Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo Federalismi.it”, Focus America Latina, 22 diciembre de 2017, Roma.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Los principios generales de la contratación pública global (Especial referencia al derecho Comunitario Europeo)*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Carlos Delpiazzi Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaño Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, editores, “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global”. *Actas del XVI FIDA*, Santo Domingo 2 y 3 de octubre de 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 779.
- ROSEN, Sherwin, *Los contratos implícitos: una reseña*, en revista “El trimestre económico”, Fondo de Cultura Económica, México; donde el autor deja constancia de que el trabajo ha sido tomado del “*Journal of Economic Literature*”, vol. XXIII, septiembre 1985, traducido por Eduardo L. Suárez.
- SIMON, Herbert A., *El comportamiento administrativo. Estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa*, en <https://es.slideshare.net/jumasari/simon-1947-el-comportamiento-administrativo-1> (entrada 2/5/2019); también, con observaciones, notas y referencias de Pedro Alejandro BASUALDO, en “Errepar”, Buenos Aires, 2011.
- TORNOS MAS, Joaquín, *La actividad de regulación*, en Francisco Sosa Wagner, “El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, t. I, p. 1329 y sgs.

Panorama del Control de la Actividad Contractual Pública en el Derecho Colombiano

Libardo Rodríguez Rodríguez*

Introducción

Como consecuencia de la expedición de la Constitución Política de 1991, el legislador colombiano consideró necesario hacer una modernización del régimen de contratación pública entonces vigente, con el fin de adaptarlo a la nueva realidad constitucional, así como a las exigencias que se desprendían de la política económica del Estado a comienzos de la década de los noventa del siglo XX, marcada claramente por el neoliberalismo y la pretensión de privilegiar la utilización del derecho privado como instrumentos de fomento de la llegada de capitales internacionales, aunque manteniendo y, aun aumentando, los controles propios del derecho público sobre la actividad contractual.

En ese sentido, mediante la Ley 80 de 1993 se adoptó un nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que se encuentra vigente en la actualidad, el cual ha sido modificado en múltiples oportunidades, entre otras, por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, el Decreto-Ley 19 de 2012 y la Ley 1882 de 2018. Debe señalarse que si bien ese Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pretendió ser una norma redactada con la técnica de la consagración de principios, de tal manera que el reglamento tuviera un importante espacio de acción y que las entidades tuvieran amplias potestades al momento de realizar su actividad contractual, la realidad es que el Estatuto contiene una multiplicidad de reglas detalladas, muchas

* Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Profesor Honorífico de la Universidad Complutense de Madrid.

de las cuales son el resultado de la necesidad de concretar aspectos que podían resultar muy abstractos en su formulación como principios, situación que ha sido notoriamente fortalecida con las leyes posteriores modificatorias, que resultaron consagrando reglas aún más detalladas.

En ese contexto, uno de los principios que se consagran en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es el de responsabilidad, principio que se concreta en múltiples reglas específicas, pero que, además, como parte de su desarrollo, da lugar a un riguroso catálogo de mecanismos de control de la actividad contractual. En ese sentido, se evidencia una muy clara preocupación del legislador por consagrar diversos mecanismos de control de las actuaciones contractuales tanto de la administración pública, como de los funcionarios públicos y aún de los contratistas. Estos mecanismos han venido siendo fortalecidos y complementados por normas posteriores, muchas de las cuales están diseñadas como conjuntos de reglas que pretenden combatir la corrupción de manera general o específicamente en materia contractual, generando como resultado un catálogo bastante amplio de mecanismos o instrumentos para el control de la actividad contractual, en todas sus etapas y respecto de todos sus intervinientes, con el fin de que todos ellos sean responsables por sus conductas.

Además, por fuera del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, otras normas también reconocen, directa o indirectamente, la existencia de mecanismos adicionales de control de la actividad contractual, que amplían el catálogo de mecanismos de control que es objeto de estudio en este trabajo.

Así, en la normatividad vigente aplicable a la contratación pública, encontramos previstos, de una parte, controles internos, es decir, que realiza la misma entidad administrativa que lleva a cabo la actividad contractual (I) y, de otra, controles externos, que son realizados por órganos, entidades o sectores que no pertenecen a la entidad que lleva a cabo la actividad contractual.

1 Controles Internos sobre la Actividad Contractual

Desde el punto de vista estrictamente administrativo interno, esto es, al interior de la propia entidad estatal que realiza la actividad contractual, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otras normas que son aplicables a la actividad contractual pública

consagran diversos mecanismos de control: uno relacionado con la validez del contrato (A), otro que recae sobre los actos administrativos precontractuales y contractuales (B), un tercero que recae sobre la totalidad de la actividad administrativa, incluida la actividad contractual (C) y, finalmente, uno referido a la vigilancia del cumplimiento específico de cada contrato (D).

1.1 Control sobre la Validez del Contrato

El inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 prevé un especial deber a cargo del jefe o representante legal de la entidad estatal que es parte del contrato, esto es, del funcionario de mayor jerarquía al interior de la entidad, en virtud del cual, ante la verificación de la existencia de algunas causales de nulidad absoluta del contrato estatal, deberá darlo por terminado de manera anticipada mediante acto administrativo.

Concretamente, el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato estatal correspondiente en caso de que, durante su ejecución, evidencie que el mismo fue celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, que fue celebrado con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o que fueron declarados nulos los actos administrativos en que se fundamentó la celebración del contrato, situaciones estas que, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, constituyen causales especiales de nulidad absoluta aplicables exclusivamente a los contratos estatales.

Así las cosas, la ley consagra una potestad-deber especial de terminación unilateral del contrato estatal que se basa en la verificación objetiva de la existencia de una causal de nulidad absoluta. Al respecto, debe precisarse que el mecanismo de control de validez del contrato estatal no llega a constituir una habilitación para que el jefe o representante legal de la entidad declare la nulidad del contrato estatal, con los efectos propios de esa figura entre los cuales se encuentran, por ejemplo, las restituciones mutuas, sino que simplemente es la autorización legal para dar por terminada anticipadamente la relación contractual, lo cual simplemente produce el deber de liquidar el contrato estatal y no las consecuencias propias de la nulidad absoluta de un contrato, liquidación en la cual se

harán las definiciones necesarias y viables sobre las obligaciones emanadas de la relación contractual terminada anticipadamente¹.

Lógicamente, como este mecanismo de control se concreta mediante la expedición de un acto administrativo, contra el mismo procederán los recursos administrativos, en los términos y condiciones señalados en el punto B de este mismo acápite, así como los demás instrumentos de control de la actividad contractual que se analizan en el presente trabajo.

1.2 Control sobre los Actos Administrativos Precontractuales y Contractuales

Como es bien sabido, una de las particularidades de los sistemas de contratación pública es la de permitir la intervención unilateral de la administración pública tanto durante la formación como durante la ejecución del contrato, característica que se traduce, a su vez, en la posibilidad de expedición de actos administrativos mediante los cuales se definan unilateralmente diversas situaciones jurídicas durante la etapa precontractual y durante la vida del contrato.

En el derecho colombiano, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prevé la posibilidad de expedir diversas clases de actos administrativos. En la fase precontractual, existen actos generales tales como el pliego de condiciones y el acto administrativo de apertura del procedimiento de selección, pero también existen actos particulares como la adjudicación del contrato, la declaración de desierta de la selección del contratista y la inscripción y clasificación en el registro único de proponentes. Por su parte, en la fase de ejecución contractual encontramos los actos mediante los cuales se ejercen las potestades otorgadas en las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, y caducidad del contrato), los actos sancionatorios (multas y declaración de incumplimiento para el cobro de la cláusula penal), la liquidación unilateral del contrato, la terminación

¹ Sobre esta forma de terminación unilateral, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15.234, y Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2009. Esta sentencia y las demás citadas del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional colombianos pueden ser consultas en sus páginas web: www.consejodeestado.gov.co y www.corteconstitucional.gov.co, respectivamente.

unilateral por causa de nulidad y los actos mediante los cuales se hacen efectivas las garantías contractuales².

La competencia para expedir todos esos actos administrativos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, corresponde al jefe o representante legal de la entidad estatal que es parte del contrato, esto es, que todas las decisiones unilaterales en materia contractual son expedidas por la autoridad de mayor jerarquía al interior de la correspondiente entidad, naturalmente siguiendo el procedimiento administrativo especial previsto en el mismo Estatuto o, de manera supletiva, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA.

Respecto de la controversia de estos actos, en primer lugar, se destaca que la ley no prevé dentro de esos procedimientos especiales la posibilidad de ejercer recursos contra los actos generales, por lo cual debe seguirse la regla prevista en el artículo 75 del CPACA en el sentido de que contra ellos no procede recurso alguno. Por su parte, respecto del acto administrativo de adjudicación del contrato, debe señalarse que, según el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, se trata de un acto irrevocable, lo cual implica que contra el mismo no proceden recursos administrativos y solo es susceptible de control judicial. En cambio, respecto del acto que declara desierta la selección del contratista, al tratarse de un acto individual de carácter definitivo y no existir reglas especiales en los procedimientos administrativos precontractuales, al tenor de lo previsto en el artículo 74 del CPACA, debe entenderse que procederían los recursos administrativos ordinarios, esto es, reposición y apelación, pero como dicho acto es expedido por el jefe o representante legal de la entidad, al no tener este un superior jerárquico, según la misma norma, solo será procedente el recurso de reposición.

Por su parte, respecto de los actos administrativos que se produzcan durante la ejecución del contrato estatal, según el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, sólo procede el recurso de reposición, lo cual es coherente con la regla especial de la competencia para expedir los actos administrativos contractuales, en el sentido de que corresponde exclusivamente

2 Sobre estos actos, llamados *actos administrativos contractuales* o *actos separables*, y aunque con referencia al estatuto de contratación anterior, puede verse a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El acto administrativo contractual”, en *Contratos administrativos, nuevo régimen legal*, Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, núm. 6, 1983, pp. 103 y ss.; y del mismo autor, “Los actos separables en la contratación administrativa”, en *El nuevo procedimiento administrativo*, Universidad de los Andes y Cámara de Comercio de Bogotá, 1989, pp. 153 y ss.

al funcionario de mayor jerarquía al interior de la entidad, de tal manera que no existe ante quién tramitar recurso de apelación.

1.3 Control Interno

Por fuera del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 87 de 1993 (modificada por la Ley 1474 de 2011) consagra un control a la actividad administrativa, incluyendo las actuaciones contractuales, que deben ejercer las oficinas de control interno de las entidades respectivas, al cual denomina expresamente “*control interno*”. De acuerdo con el artículo 1º de la citada ley 87 de 1993, este control interno es

“el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos”³.

Como puede verse, este control está previsto respecto de “*todas las actividades, operaciones y actuaciones*” de las entidades administrativas, de tal manera que también las actividades contractuales se encuentran sometidas a este tipo de control.

Así, entonces, la ley prevé la existencia al interior de cada entidad de este tipo de control, como un mecanismo general y permanente, que tiene precisamente como finalidad la de asegurar que todas las actuaciones administrativas, incluyendo las actuaciones contractuales, se desarrollen con pleno apego a la ley y en coherencia con las políticas generales que enmarcan el funcionamiento de la entidad estatal respectiva.

Este control se ejerce por una oficina especial llamada “de control interno” que debe existir al interior de cada entidad, cuyo jefe es escogido para un periodo fijo con el fin de darle cierto grado de autonomía y evitar que su carácter de libre nombramiento y remoción pueda incidir en el ejercicio correcto de sus funciones de control. Esta oficina se encarga

³ Sobre esta clase de control, véase a DIEGO YOUNES MORENO, *Régimen del control fiscal y del control interno*, 4ª ed., Bogotá, Legis, 2000, pp. 421 y ss.

de verificar constantemente el cumplimiento de las normas y políticas por parte de la entidad, aunque sus poderes se limitan a elaborar informes, presentar recomendaciones y realizar denuncias ante los órganos de control externos que ejercen el control disciplinario, penal y fiscal.

1.4 La Supervisión e Interventoría como Instrumentos de Control del Cumplimiento Específico de Cada Contrato

Otros mecanismos de vigilancia de la gestión contractual consisten en la “supervisión” e “interventoría”, que tienen como objetivo verificar el adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas de cada contrato. En este sentido, el artículo 83 de la ley 1474 de 2011 señala que, para proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto de cada contrato a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

Según esta norma, la supervisión consiste en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato es ejercido por la misma entidad estatal cuando dichos aspectos no requieren conocimientos especializados. A su vez, la interventoría tiene como objeto el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realiza una persona natural o jurídica contratada por la entidad estatal contratante, cuando el seguimiento del contrato requiera conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. Sin embargo, cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, dentro de la interventoría podrá contratar el seguimiento no solo técnico sino también financiero, contable y jurídico del objeto del contrato. En todo caso, en el evento de que, respecto de un mismo contrato, coexistan la supervisión y la interventoría, en el propio contrato deberán distribuirse adecuadamente las funciones de quienes ejercen esas actividades, de tal manera que se evite la duplicidad de funciones.

Para la verificación del cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratistas, el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 señala que los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual,

y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente⁴.

2 Controles Externos sobre la Actividad Contractual

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otras normas que son aplicables a la actividad contractual pública, a las que se hará referencia adelante, como parte de las estrategias de lucha contra la ilegalidad y la corrupción prevén diversos mecanismos externos de control, es decir, realizados por órganos, entidades o sectores que no pertenecen a la entidad que lleva a cabo la actividad contractual. Unos de estos mecanismos recaen propiamente sobre las actuaciones contractuales de las entidades estatales, como son los casos del control contencioso administrativo (A) y del control ciudadano (B), mientras que otros recaen directamente sobre los funcionarios públicos que realizan la actividad contractual y sobre los contratistas, como son los casos del control disciplinario (C), el control penal (D) y el control fiscal (E).

Vale la pena hacer notar que, además de los anteriores controles realizados por órganos o sectores externos a las entidades administrativas contratantes, la ley prevé otras dos figuras que sin constituir directamente mecanismos de control a la actividad contractual de las entidades, por su objeto de alguna manera resultan siéndolo indirectamente respecto de algunos aspectos específicos de la actividad contractual, por lo cual no serán analizados en este trabajo y simplemente serán reseñados en este acápite.

Se trata, en primer lugar, de la figura del “acuerdo marco de precios”, regulado por la Ley 1150 de 2007, en virtud de la cual la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente celebra contratos de condiciones generales con proveedores de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, contratos estos que deben ser utilizados como regla general por las entidades para la adquisición de esa clase de bienes y servicios.

⁴ Sobre la interventoría y supervisión, véase AA.VV., *Consultoría e interventoría: perspectivas, roles y responsabilidades*, Bogotá, Legis y Cámara Colombiana de la Infraestructura, 2019.

En segundo lugar, la misma Ley 1150 de 2007 prevé el denominado “registro único de proponentes”, en virtud del cual los interesados en celebrar contratos con el Estado deben inscribirse y clasificarse en un registro público administrado por las cámaras de comercio. Este registro, además de servir para la calificación de las ofertas en los procedimientos de selección de contratistas en cada entidad, busca evitar que las entidades tengan sus propios registros y puedan llegar a limitar con ellos el acceso a la celebración de contratos.

2.1 Control Contencioso Administrativo

Como es natural dentro de un Estado de derecho, la actividad administrativa contractual, como todas las actividades públicas, es objeto de control jurisdiccional, lo cual incluye el control de las diversas actuaciones que se producen alrededor de la operación contractual. Así, este control comprende el de la legalidad de los actos administrativos precontractuales y contractuales y de los contratos mismos, así como la solución de las diversas controversias que puedan presentarse en relación con la celebración, ejecución y terminación de los contratos que celebran las entidades públicas.

De acuerdo con el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, este control corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (conformada por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los jueces administrativos). En efecto, la citada norma establece que esta jurisdicción está instituida para conocer las controversias y litigios originados en contratos de las entidades públicas que se encuentren sometidos al derecho administrativo, así como en contratos que aun no estando regidos por el derecho público sino por regímenes especiales o por el derecho privado, sean celebrados por las mismas entidades o por personas privadas en ejercicio de funciones administrativas. De tal manera que la atribución de competencias de control judicial en materia contractual al juez contencioso administrativo no depende del régimen jurídico del contrato, sino que se basa en un criterio subjetivo, en el sentido de que depende de que uno de los sujetos que son parte del contrato sea una entidad pública o una persona privada que ejerza funciones administrativas.

A su vez, según los artículos 156 y 157 del CPACA, la distribución de competencias al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias contractuales se basa esencialmente en dos factores: de una parte, el territorial, referido al lugar de ejecución del correspondiente contrato y, de otra, el de la cuantía de las pretensiones, pues dependiendo de ella cambiará la jerarquía del juez competente para resolver el litigio.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que además de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 prevé la posibilidad de que las partes de un contrato estatal, mediante la suscripción de un pacto arbitral, habiliten a un tribunal de arbitraje para que sea este quien resuelva las controversias que surjan entre ellas con ocasión de la celebración, ejecución y terminación del contrato, excluyendo únicamente las controversias relacionadas con la validez de los actos administrativos precontractuales y de los actos administrativos mediante los cuales se ejerzan potestades excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, y caducidad del contrato).

En cuanto al mecanismo para acudir al juez contencioso administrativo o a un tribunal arbitral, aunque en este segundo caso con algunas limitaciones, para la solución de controversias contractuales, el CPACA ha previsto un régimen diferente para el control de los actos administrativos precontractuales y para la solución de las controversias contractuales, incluyendo en estas últimas el control sobre los actos contractuales.

En efecto, de acuerdo con el artículo 141 del CPACA, el control de los actos precontractuales de carácter general se lleva a cabo a través del medio de control de simple nulidad o contencioso objetivo del acto, mientras que el control de los actos administrativos precontractuales de carácter particular se lleva a cabo mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o contencioso subjetivo. Al respecto, debe señalarse que los tribunales de arbitraje no son competentes para solucionar controversias precontractuales.

A su vez, respecto de las controversias contractuales, las cuales incluyen los litigios derivados de la existencia, la nulidad y la revisión del contrato estatal; la responsabilidad contractual por incumplimiento; el restablecimiento del equilibrio económico del contrato; la validez de los actos administrativos contractuales, y la liquidación del contrato, según el mismo artículo 141 del CPACA, el medio de control procedente es el denominado “controversias contractuales”.

Finalmente, es preciso hacer notar que el artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, prevé que la jurisdicción de lo contencioso administrativo también conoce de los procesos de ejecución o cumplimiento derivados de los contratos estatales o de condenas judiciales impuestas en virtud de controversias contractuales, los cuales siguen las mismas reglas de trámite contenidas en el Código General del Proceso, esto es, las reglas generales para la ejecución de una obligación contractual.

En cualquier caso, los poderes reconocidos al juez contencioso administrativo o arbitral en el marco de la solución de controversias contractuales incluyen, entre otros, la posibilidad de anular actos administrativos y establecer la forma de hacer restablecimiento del derecho, aunque con algunas limitaciones para los árbitros, pues ellos no pueden conocer de la validez de los actos administrativos mediante los cuales se ejerza un poder excepcional; declarar la existencia e inexistencia del contrato estatal; anular el contrato y disponer sobre los efectos de la anulación; introducir las modificaciones necesarias a las obligaciones contractuales para ajustarlo a la realidad de las condiciones de ejecución; imponer condenas por incumplimiento contractual o para restablecer el equilibrio económico del contrato, y ordenar el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁵.

2.2 Control Ciudadano

El artículo 66 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ordena que todo contrato que celebren las entidades estatales estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano, para lo cual el gobierno nacional y las entidades territoriales establecerán sistemas y mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual, orientados a recompensar dichas labores⁶.

5 Sobre el control jurisdiccional de la actividad contractual, véase a CARLOS BETANCUR JARAMILLO, *Derecho procesal administrativo*, 9ª ed., Medellín, Señal Editora, 2012, pp. 625 y ss., y a JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, *Derecho procesal administrativo*, 8ª ed., Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R., 2015, pp. 671 y ss. También, aunque referidos a las reglas del Código Contencioso Administrativo de 1984, véase a MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *El contencioso contractual*, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, y a JUAN CARLOS GALINDO VACHA, *Lecciones de derecho procesal administrativo*, vol. 1, 2ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, pp. 567 y ss.

6 Sobre el control ciudadano en materia contractual, véanse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de julio de 1997, expediente 9.523, y Corte Const., sentencias C-221 de 1999 y C-011 de 2000.

En virtud de este control, las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán denunciar a las autoridades las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.

Para esos efectos, las autoridades brindarán especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y suministrarán la documentación e información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.

También se prevé que las entidades estatales podrán contratar con asociaciones de profesionales y gremiales y con universidades y centros especializados de investigación, el estudio y análisis de las gestiones contractuales realizadas.

A su vez, como mecanismo de fortalecimiento y fomento del control ciudadano, la Ley 850 de 2003 prevé la figura de las veedurías ciudadanas como el:

“mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público” (art. 1°).

De acuerdo con lo anterior, las veedurías ciudadanas constituyen un instrumento concreto para que los ciudadanos, con el apoyo y aún la financiación del Estado, se organicen democráticamente y con garantía de representación para ejercer una vigilancia sobre la gestión pública, incluyendo naturalmente una vigilancia sobre la gestión contractual.

Por otra parte, antes de la entrada en vigencia del CPACA, la jurisprudencia había aceptado que cuando mediante un contrato estatal resultara vulnerado o amenazado un derecho o interés difuso o colectivo, los ciudadanos podían ejercer, como acción principal, la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 472 de 1998 (esta última derogada parcialmente por la Ley 1425 de 2010), con la finalidad de que el juez constitucional protegiera el

derecho o interés colectivo vulnerado o amenazado, para lo cual podía, inclusive, examinar la legalidad del contrato y llegar a anularlo, siempre que el juez competente no hubiera empezado a conocer de un proceso en el cual se pretenda su nulidad pues, en este caso, el juez constitucional solo podía suspender los efectos del contrato, pero no declarar su nulidad⁷.

No obstante, en la actualidad, el artículo 144 del CPACA prohíbe la anulación de los contratos estatales como mecanismo para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, es decir, la llamada acción popular, lo cual no implica que no se puedan adoptar otras medidas diferentes para la protección del derecho colectivo amenazado o vulnerado con la actuación contractual⁸.

2.3 Control Disciplinario

De acuerdo con los artículos 62 y 63 de la Ley 80 de 1993, la Procuraduría General de la Nación y demás agentes del ministerio público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendentes a obtener las sanciones pecuniarias, disciplinarias y penales que sean del caso.

Para los efectos anteriores, la Procuraduría adelantará visitas a las entidades periódicamente, durante las cuales se oirá a las asociaciones gremiales y comunitarias del lugar y se dará oportunidad a los administrados para que hagan las denuncias y presenten las quejas que a bien tengan. Las conclusiones de las visitas se dejarán en informes que se pondrán en conocimiento de la comunidad respectiva y de ellos se

7 Sobre la precedencia de la acción popular en los contratos estatales, véanse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2002, expediente AP-300; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 29 de mayo de 2003, expediente AP-2.599; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, expediente AP-1588; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011, expediente 2004-0540AP; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de noviembre de 2013, expediente 0227 (AA); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de diciembre de 2013, expediente 2.130 (AP), y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de diciembre de 2014, expediente 2014-723 (AC), y Corte Const, sentencia C-644 de 2011.

8 Al respecto, véase Corte Const., sentencia C-644 de 2011.

correrá traslado a los jefes de las entidades y a quienes aparezcan implicados en la comisión de conductas antijurídicas, al igual que se enviará copia a la Fiscalía General de la Nación o a la delegada respectiva para lo de su competencia.

Además, debe tenerse en cuenta que el control disciplinario sobre la actuación contractual está desarrollado de manera más precisa en la Ley 1952 de 2019, que contiene el Código Disciplinario Único, norma en la cual se prevén las siguientes faltas disciplinarias específicamente aplicables a la contratación pública (art. 54): celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo excepciones legales; intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de un contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad; intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de un contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental; participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley; declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello, y aplicar la figura de la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el Código Disciplinario Único también hace responsable disciplinariamente a ciertos contratistas, concretamente a quienes ejerzan funciones de interventoría de los contratos estatales (art. 70), para quienes constituyen faltas disciplinarias las siguientes conductas: no exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad, y omitir informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

En cuanto a las sanciones a imponer por la comisión de faltas disciplinarias en materia contractual, de acuerdo con el artículo 48 del Código Disciplinario Único ellas se concretan en la destitución del cargo público, esto es, la terminación de la relación laboral y la desvinculación del cargo, así como la inhabilidad general para ejercer como servidor público y para celebrar contratos con el Estado, por un periodo entre 5 a 10 años para las faltas cometidas con culpa grave o de entre 10 a 20 años para las faltas cometidas dolosamente. Lo anterior, en la medida en que el artículo 54 del mismo Código señala que las faltas relacionadas con la contratación pública son gravísimas, para las cuales solo se aplican las mencionadas sanciones de destitución e inhabilidad según lo previsto en el artículo 48 del Código, de tal manera que, en materia contractual, no hay lugar a multas ni a suspensión en el ejercicio del cargo⁹.

2.4 Control Penal

Según lo ordena el artículo 64 de la Ley 80 de 1993, la Fiscalía General de la Nación, de oficio o por denuncia, investigará las conductas constitutivas de delitos en la actividad contractual y acusará a los presuntos infractores ante los jueces competentes, para lo cual creará unidades especializadas en esta materia.

A su vez, en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), además de los delitos generales contra la administración pública, en los que podría incurrir un funcionario o un contratista en el marco de un contrato estatal, por ejemplo, el peculado, el cohecho, la concusión o el prevaricato, en los artículos 408 a 410 se precisan de manera detallada los delitos por “la celebración indebida de contratos”, esto es, las conductas tipificadas como delito que están relacionadas específicamente con la contratación estatal, las cuales dan lugar a los siguientes delitos: la celebración del contrato estatal con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408), el interés indebido, por buscar sacar provecho para sí o para un tercero, en la celebración de un contrato (art. 409), la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales (art. 410) y los acuerdos restrictivos de la competencia con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual (art. 410A).

9 Sobre el control disciplinario en materia contractual, aunque referido al Código Disciplinario Único anterior, puede verse a David Alonso Roa Salguero y Héctor Enrique Ferrer Leal, *La falta disciplinaria en la contratación estatal*, 2ª ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2016.

De acuerdo con las mismas normas mencionadas, en caso de que se verifique la comisión de los tres primeros delitos de celebración indebida de contratos mencionados, siempre habrá lugar a una pena de prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, a una multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses. A su vez, cuando se trata de un acuerdo restrictivo de la competencia, las penas previstas en la norma son de prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para contratar con entidades estatales por ocho (8) años¹⁰.

2.5 Control Fiscal

Como es lógico, por incluir la actividad contractual de las entidades estatales el manejo de bienes y recursos públicos, está sometida al control fiscal por parte de organismos competentes para ello en los diferentes niveles administrativos, como son la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales. Este control fiscal en materia contractual se ejerce en cuatro momentos diferentes de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹¹:

1. Control posterior a la legalización del contrato, una vez agotados los trámites administrativos de legalización.
2. Control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los contratos, para verificar que dichos pagos se ajustaron a las disposiciones legales y contractuales.
3. Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

10 Sobre el control penal en materia contractual, véase a JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ y JUANITA MARÍA OSPINA PERDOMO, *Aspectos penales de la contratación estatal*, Bogotá, Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

11 Sobre el control fiscal en materia contractual, véanse Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 24 de marzo de 1995, radicación 677; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, de 3 de octubre de 1995, radicación 732, y Corte Constitucional, sentencias C-623 de 1999, C-716 de 2002, C-648 de 2002 y C-967 de 2012.

4. Las autoridades encargadas del control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden, por supuesto teniendo en cuenta el ámbito sobre el cual ejercen sus competencias. Así, la Contraloría General de la República podrá pedir informes a funcionarios nacionales y territoriales que administren recursos nacionales, y las contralorías departamentales y municipales podrán exigir informes a funcionarios de esos mismos niveles, que son quienes administran los recursos departamentales y municipales que son objeto de su vigilancia.

En cualquiera de los cuatro momentos, el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República o de las contralorías territoriales puede dar lugar a procesos de responsabilidad fiscal, que son procedimientos administrativos especiales tendientes a determinar si la actuación de un servidor público o de un particular que administre recursos del Estado, como puede ser un contratista, causó algún tipo de detrimento patrimonial, esto es, de daño o perjuicio al patrimonio público, de tal manera que, ante la verificación de esa situación, procederá la declaración, mediante acto administrativo, de responsabilidad fiscal con la consecuente condena a la reparación de los perjuicios sufridos por el patrimonio público¹².

Finalmente, debe hacerse notar que, como la decisión que impone una sanción derivada del control fiscal es un acto administrativo, tal decisión está sometida a los controles tanto en sede administrativa como jurisdiccional propios de esa clase de actos.

3 Conclusiones

Como resultado de los análisis y comentarios realizados en las páginas anteriores, podemos expresar las siguientes conclusiones:

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, que ha sido modificado por varias normas posteriores, así como otras normas complementarias, en desarrollo del principio de responsabilidad, consagran diversos mecanismos de control de las actuaciones contractuales tanto de la administración pública, como de los funcionarios públicos y aún de los contratistas,

12 Sobre el control fiscal en general, véase a DIEGO YOUNES MORENO, *Régimen del control fiscal y del control interno*, cit. pp. 21 y ss, y a URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA, *Teoría de la responsabilidad fiscal: aspectos sustanciales y procesales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

unos de los cuales son internos y otros externos a la propia administración contratante.

Dentro de los controles internos sobre la actividad contractual, la ley consagra, en primer lugar, una potestad-deber especial de terminación unilateral del contrato estatal, que se basa en la verificación objetiva de la existencia de una de las causales de nulidad absoluta de los contratos.

La segunda modalidad de control interno consiste en el control que se ejerce mediante los recursos administrativos que pueden tramitarse en contra de los actos administrativos precontractuales y contractuales. Al respecto, como regla general, dado que los actos siempre son expedidos por el funcionario de mayor jerarquía al interior de la entidad, solo procede el recurso de reposición, pero existen actos específicos que se expiden en el marco de la actividad contractual, como el de adjudicación del contrato, contra el cual no procede recurso alguno por ser legalmente irrevocable.

En tercer lugar, otra de las modalidades de control es el control interno propiamente dicho, el cual se ejerce por una oficina que debe existir al interior de cada entidad para ese fin, y que tiene como finalidad asegurarse de que las actuaciones administrativas en general, incluyendo las actuaciones contractuales, se desarrollen con pleno apego a la ley y en coherencia con las políticas generales a que está sometida la entidad estatal.

Por último, el control interno se concreta también en las figuras de la supervisión e interventoría, que son los instrumentos que consagra la ley para verificar el adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas de cada contrato, la primera ejercida por un funcionario de la entidad y la segunda por un contratista externo.

De otra parte, dentro de los controles externos a la actividad contractual, en primer lugar, encontramos el que es tal vez el más importante, como es el que corresponde al juez contencioso-administrativo o, eventualmente y para la mayoría de las controversias contractuales, un tribunal arbitral si media pacto en ese sentido. En virtud de este control, el juez tiene la posibilidad de anular actos administrativos precontractuales y contractuales y establecer la forma de hacer restablecimiento del derecho; declarar la existencia e inexistencia del contrato estatal; anular el contrato y disponer sobre los efectos de la anulación; introducir las modificaciones necesarias a las obligaciones contractuales para ajustar el contrato a la realidad de las condiciones de ejecución;

imponer condenas por incumplimiento contractual o para restablecer el equilibrio económico del contrato, y ordenar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Otro control externo previsto en la ley es el control ciudadano, ejercido tanto por los ciudadanos individualmente considerados como organizados en asociaciones cívicas o comunitarias y, en general, en veedurías ciudadanas, el cual incluye la posibilidad de ejercer la acción popular como mecanismo para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Finalmente, existen otros controles externos que recaen sobre los funcionarios y, ocasionalmente, sobre algunos contratistas, pero no propiamente sobre las actuaciones de las entidades estatales. Se trata del *control disciplinario*, en el cual se busca determinar si la actuación del funcionario o contratista viola las normas administrativas y se tipifica alguna conducta calificada por la ley como falta disciplinaria; el *control penal*, que tiene como objetivo determinar si el funcionario o contratista cometió alguno de los delitos de celebración indebida de contratos, y el *control fiscal*, que tiene como finalidad establecer si la actuación de un servidor público o de un particular que administre recursos del Estado, como puede ser un contratista, causó algún tipo de detrimento patrimonial, esto es, de daño o perjuicio al patrimonio público.

FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO - FIDA

Presidente

Jaime Rodríguez-Arana

Vicepresidente

Jorge Danós

Secretario General

Carlos Delpiazzo

Vocales

Gladys Camacho

Jorge Fernández Ruíz

Jaime Orlando Santofimio

Ismael Farrando

Olivo Rodríguez

Karlos Navarro

Coordinadora Editorial

María Rodríguez

Coordinadora de Investigación

Marta García Pérez

TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - TCMSP

Presidente

João Antonio da Silva Filho

Vice-Presidente

Roberto Braguim

Corregedor

Edson Simões

Conselheiro

Maurício Faria

Conselheiro

Domingos Dissei

Secretaria Geral

Ricardo Epaminondas L. O. Panato

Subsecretaria Geral

Roseli de Moraes Chaves

Subsecretaria Administrativa

Cláudio Figo dos Santos Júnior

Subsecretaria de Fiscalização e Controle

Lívio Mário Fornazieri

Assessoria Jurídica de Controle Externo

Egle dos Santos Monteiro

Núcleo de Tecnologia da Informação

Mário de Toledo Reis

Escola Superior de Gestão e Contas Públicas

Maurício Piragino – Diretor-Presidente

Marcos Barreto – Chefe de Gabinete

SOBRE O LIVRO

Formato: 16 x 23 cm

Mancha: 27,5 x 49,0 paicas

Tipologia: ITC Symbol Medium 10/14

Papel: Pólen soft 80 g/m² (miolo)

Cartão Supremo 250 g/ m² (capa)

1^a edição: 2019

PROJETO GRÁFICO, PRODUÇÃO E EDITORAÇÃO
Pluricom Comunicação Integrada®

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - IMESP

Este trabajo presenta la contribución de 56 especialistas notables en Derecho Administrativo de numerosos países de América Latina y de la Península Ibérica, reunidos en São Paulo en 2019 en el XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, para discutir el papel del control de la Administración Pública, una actividad palpitante que, como otras instituciones y categorías, debe repensarse a partir de los principios y valores del Estado de Derecho Social y Democrático.

El trabajo se divide en dos volúmenes. En este segundo, se recopilan estudios sobre los tipos de control administrativo, como la gestión económica y financiera y la ética pública; la organización del control administrativo interno y externo y nuevas manifestaciones, como la figura del defensor del pueblo, entre otras; y los procedimientos de control administrativo, su desarrollo, efectos e incidencia de nuevas tecnologías.

La publicación conservó el idioma utilizado originalmente por los autores, es decir, español y portugués.

