

**E**l libro que ponemos a la consideración del lector, en particular para los estudiosos y profesionales –en general– del Derecho, lo hemos llamado *Reflexiones sobre Derecho Público I*. Ha sido un esfuerzo que, en el último año, se ha acometido con el interés de colocar una nueva pieza bibliográfica en el exiguo panorama iuspublicístico patrio, tan urgido de ver surgir en él nuevas y variadas piezas, más que para enriquecerlo, para enriquecer el mundo de las ideas que como universo literario especializado representa.

Por las páginas de este texto desfilan colaboraciones sobre diversos temas, en un contenido que muestra la riqueza temática del Derecho Público, con especial inclinación por cuestiones propias del Derecho Administrativo. Hay en ellas miradas cubanas –y una de ellas, ecuatoriana–, inquietas, de entendimiento y búsqueda de explicación de cierto aspecto del universo ius público, que dejan en claro, si tomamos la mayoría de ellas, que al Derecho Público patrio no le es ajena esa riqueza propia del iuspublicismo, no importa el contexto (histórico, político, social, económico, ideológico) en que se ubique.



EDITORIAL  
UNIJURIS

REFLEXIONES SOBRE DERECHO PÚBLICO I

Андрю Матилла Корреа  
Diego Paúl Viteri Núñez

# REFLEXIONES SOBRE DERECHO PÚBLICO



Андрю Матилла Корреа  
Diego Paúl Viteri Núñez

COORDINADORES



EDITORIAL  
UNIJURIS

REFLEXIONES SOBRE  
**DERECHO  
PÚBLICO**



*Andry Matilla Correa*  
*Diego Paúl Viteri Núñez*

COORDINADORES



**EDITORIAL  
UNIJURIS**

Coordinadores: Dr. Andry Matilla Correa y Diego Paúl Viteri Núñez  
Edición y corrección: Lic. Ivón Kennedy Suárez  
Diseño de cubierta: Yalier Pérez Marín  
Emplane digital: Yohanka Morejón Rivero

Sobre la presente edición:

© Andry Matilla Correa y Diego Paúl Viteri Núñez, 2019

© Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2019

Reflexiones sobre Derecho Público I

© Editorial UNIJURIS, 2019

ISBN 978-959-7219-62-0

Editorial UNIJURIS

Redacción y administración

Calle 21 no. 552, esq. a D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,

La Habana, Cuba

Teléfonos

(+537)832-6209/932-9680/832-7562/832-6113/832-6514/832-6616

Fax: (+537)833-3382. Email: [unjc@unjc.co.cu](mailto:unjc@unjc.co.cu) Web: [www.unjc.co.cu](http://www.unjc.co.cu)

Nota: los artículos publicados expresan exclusivamente la opinión  
de sus autores y autoras

*“Por otra parte, no olvidéis que la solidez de la propia Constitución se apoya sobre todas las instituciones, sobre todas las leyes particulares de un pueblo. Sea cual sea el nombre que se le den, todas deben concurrir con ella al mismo fin. Ella se apoya sobre la bondad de las costumbres, sobre el conocimiento y sobre el sentimiento de los derechos sagrados del hombre”.*

MAXIMILIEN ROBESPIERRE

en la Convención, 10 de mayo de 1793



# Índice

---

Presentación / IX

Los desafíos de la ciencia del Derecho administrativo  
ante la globalización / 1

BENJAMÍN MARCHECO ACUÑA

El reglamento como fuente del Derecho administrativo / 24

BENJAMÍN MARCHECO ACUÑA

Los fines de la Administración Pública: entre la teleología administrativa  
y los conceptos jurídicos indeterminados / 47

GRETHEL ARIAS GAYOSO

El procedimiento administrativo común, un reto para Cuba al amparo  
de los nuevos fundamentos constitucionales / 63

ORISELL RICHARDS MARTÍNEZ

Potestad disciplinaria de la Administración Pública:  
aspectos teóricos generales / 78

YILEISYS MARTÍNEZ GARCÍA

Consideraciones teóricas sobre la asociación público-privada  
como técnica jurídica de gestión / 106

FERNANDO MONZÓN PÁEZ

Breves apuntes sobre la concepción teórica de la autorización  
administrativa: de la concepción clásica  
a su fisonomía contemporánea / 140

JOLENE PEREIRA BASANTA

La actividad administrativa de fomento: elementos  
para su definición jurídica / 154

SUSETT ROMERO TABARES

Breve caracterización jurídico-administrativa de la actividad  
de transporte urbano de pasajeros: una aproximación  
a la realidad cubana actual / 190

JULIO JOSÉ RIVERA GORT

Consideraciones sobre la naturaleza jurídica  
de las servidumbres administrativas / 217

IRINA PÉREZ TRUJILLO

La noción jurídica de obra pública / 228

ANDRY MATILLA CORREA

Origen y evolución del concepto de tasa tributaria: una puesta al día / 268

LIANA SIMÓN OTERO

Los derechos de la naturaleza en la legislación ecuatoriana / 304

DIEGO PAÚL VITERI NÚÑEZ

## Presentación

---

En los tiempos que corren para la ciencia del Derecho en Cuba, tan interesantes como necesitada esta última de que se apoye mucho más (en ascenso) su desarrollo científico (y, por supuesto, de seguir avanzando en ese desarrollo que es insuficiente aún), la aparición de todo nuevo libro, en especial si lleva el interés de colocar algunas ideas en el debate teórico-jurídico cubano actual, no puede menos que resultar llamativa.

Lo anterior se refuerza, sin dudas, si ese libro planta su eje temático en los predios del Derecho Público, en especial –aunque no en exclusiva– en el Derecho Administrativo, tal cual hace esta obra que presentamos.

El libro que ponemos a la consideración del lector, en particular para los estudiosos y profesionales –en general– del Derecho, lo hemos llamado *Reflexiones sobre Derecho Público I*. Ha sido un esfuerzo que, en el último año, se ha acometido con el interés de colocar una nueva pieza bibliográfica en el exiguo panorama iuspublicístico patrio, tan urgido de ver surgir en él nuevas y variadas piezas, más que para enriquecerlo, para enriquecer el mundo de las ideas que como universo literario especializado representa.

Es una obra fruto de la colaboración que sale del trabajo sostenido que realiza la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, específicamente su Departamento de Estudios Jurídicos Básicos y, dentro de él, la cátedra de Derecho Administrativo.

Este texto está integrado por un grupo de colaboraciones que, en muchos casos, provienen de la experiencia científica y práctica de sus autores; y, en otros, han sido parte de ejercicios académicos de quienes las suscriben, en el marco de sus estudios de superación profesional. Incluso, a este concierto de trabajos se suma el del profesor ecuatoriano Diego Paúl VITERI NÚÑEZ (de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo), quien impulsado y al cobijo de su formación doctoral en nuestra universidad, nos ha acompañado de manera decisiva en la idea y concreción de este libro. Por lo tanto, dicha obra es el resultado de un esfuerzo conjunto, de un impulso de colaboración interuniversitaria, pero también de la solidaridad, pues sin el apoyo e intervención de Diego P. VITERI, este libro fuera, quizás, un proyecto propuesto y acariciado, pero todavía no concretado.

Que el libro se llame *Reflexiones sobre Derecho Público I*, es decir I, significa que, a la vista del resultado que aquí obtuvimos, nos propusimos –y ya trabajamos decididamente en ello– un segundo libro: *Reflexiones sobre Derecho Público II*, que debe seguir el camino de este primero, con nuevas colaboraciones de algunos de los autores que aquí figuran y otros que se nos han incorporado a ese nuevo proyecto, el que esperamos se concrete en los próximos meses.

El contenido de *Reflexiones sobre Derecho Público I* se parece mucho a lo que está aconteciendo hoy en Cuba al interior de los estudios del Derecho Público y, especialmente, del Derecho Administrativo; tal vez, es un fiel reflejo de su estado real.

Este es un empeño bibliográfico por cuyas letras corre la sangre joven de sus autores; en el cual se contienen miradas a temas diversos que, hasta hace pocos lustros atrás, quizás, era impensable que pudieran llamar la atención efectiva, no solo de los jóvenes juristas del país, sino de algunos más de los que conformaban el muy enflaquecido manojo de personas que enseñaban o escribían en esa época sobre Derecho Público en general y Derecho Administrativo en particular.

Por suerte, no sin años de incansable labor y de muchísimo esfuerzo, grandes tropiezos, trabajo no siempre fructífero, la mar de veces sin ningún acompañamiento comprensivo de lo que pudiera significar a futuro, y de búsqueda creativa de soluciones frente al muy difícil acceso a la información especializada y a la insuficiencia de aquella, con la que de modo más común y accesible se cuenta, la situación –muy de a poco– va teniendo ya otro rostro.

Por supuesto, falta mucho –tanto– por hacer; y esa situación sigue siendo muy, pero muy, alejada, no ya de lo óptimo, sino de lo básicamente requerido para plantearse, al menos, a corto plazo, cierto grado de sostenibilidad al respecto. Sin embargo, esa es una de las fuentes de motivación para seguir trabajando sin descanso.

Pero bien, este libro no es testimonio (aunque pudiera verse así, ¿por qué no?) de lo que queda por hacer en términos científicos en el Derecho Público cubano, sino de lo que podemos ir mostrando por estos días en relación con los análisis teórico-prácticos en ese ámbito jurídico.

Por las páginas de este texto desfilan colaboraciones sobre diversos temas, en un contenido que muestra la riqueza temática –para nadie es un secreto– del Derecho Público, con especial inclinación en las líneas que siguen por cuestiones propias del Derecho Administrativo. Hay en ellas miradas cubanas

—y una de ellas, ecuatoriana— inquietas, de entendimiento y búsqueda de explicación de cierto aspecto del universo iuspúblico, que dejan en claro, si tomamos la mayoría de ellas, que al Derecho Público patrio no le es ajena esa riqueza propia del iuspublicismo, no importa el contexto (histórico, político, social, económico, ideológico) en que se ubique.

Como a las páginas de este libro, a la composición de los autores que figuran en él les acompaña también el dato de la diversidad. La casi totalidad de ellos son profesores que enseñan a tiempo completo o a tiempo parcial el Derecho Público, en algunas de sus disciplinas (particularmente el Derecho Administrativo), en diversas universidades cubanas: de La Habana, Oriente (Santiago de Cuba), Central de Las Villas (Villa Clara), Pinar del Río y Mayabeque; y del Ecuador (Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad de Guayaquil; y Escuela Superior Politécnica de Chimborazo). Alguno que otro no proviene específicamente del mundo académico o docente, pero demuestra sus lícitas inquietudes y adecuadas habilidades científicas en torno a la cuestión jurídica que tratan.

Entre quienes suscriben las colaboraciones que componen esta obra, resaltan nombres ya conocidos desde hace lustros dentro del iuspublicismo cubano; otros vienen ganando presencia en él; y está quien irrumpe por vez primera —con acierto— en dicho panorama, en lo que abrigamos la esperanza que no sea la última. Mas, el saldo final de todo esto es que el grupo de autores de este libro, en su núcleo fundamental, combina en sí oficio, experiencia, juventud, ímpetu, ganas de hacer y de decir, convicción de promover la renovación científica del campo iuspublicístico patrio, comprensión de la necesidad de esa renovación; ingredientes todos ellos necesarios (junto a otros más) para aventurarse (sin pensar de inicio en el fracaso) a surcar las aguas científicas del Derecho Público, especialmente las del Derecho Público cubano.

El de *Reflexiones sobre Derecho Público I* es un equipo de autores al cual une algo más que el interés de estudiar esa parte del Derecho y el empeño común de hacer un libro; nos unen, en algunos casos, años de trabajo conjunto, de esfuerzos y guía de formación, pero, por sobre todas las cosas, nos unen fuertes y sinceros lazos de afecto personal y simpatía profesional,

Quiero decir también que cuando convoqué la idea de este libro, encontré enseguida el mejor espíritu entre aquellos cuya puerta toqué para ello. Algunos de los convocados, por cuestiones objetivas, no alcanzaron a estar presentes con su trabajo en esta obra; pero a todos agradezco su disposición, su labor, sus ganas, su ayuda y decisiva colaboración, pues nuevamente, sin eso, este libro sería un impulso, una idea sin materializar.

Espero que el lector de Reflexiones sobre Derecho Público I sea indulgente con sus autores; pero, sobre todo, que encuentre utilidad en sus páginas. Si así fuera, nuestras aspiraciones estarán colmadas y el escenario planteado para nuevos empeños de este tipo.

Dr. Andry MATILLA CORREA  
Profesor Titular de Derecho Administrativo.  
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.  
Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional  
y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

La Habana, 9 noviembre de 2019

# Los desafíos de la ciencia del Derecho administrativo ante la globalización\*

---

BENJAMÍN MARCHECO ACUÑA\*\*

## Introducción

Si bien los debates y esfuerzos en la actualización del Derecho administrativo han sido una constante histórica desde su propio nacimiento, lo cierto es que en los últimos tiempos las transformaciones en este campo se han empezado a producir con especial intensidad, dados los acelerados cambios que se producen dentro de la sociedad y en sus relaciones con el Estado, como efecto del fenómeno de la globalización.

La sociedad contemporánea se nos presenta hoy como una sociedad dominada por el mercado, que se desenvuelve más allá de las fronteras territoriales y cuyo funcionamiento no está presidido precisamente por la idea del interés general. La sociedad civil ha abandonado su supuesta posición pasiva, destinataria de la actividad prestacional del Estado, para asumir un papel decisivo en la actividad económica. En este contexto se adoptan nuevas formas de organización social y se recompone el marco de relaciones con el Estado; lo que trastoca los fundamentos mismos sobre los que se asentaba el Derecho público tradicional, con la consecuencia, ciertamente paradójica, de que mientras se ha pretendido disminuir las dimensiones del Estado, las del Derecho público se han visto, por el contrario, aumentadas de manera significativa.<sup>1</sup>

El impacto que producen sobre la disciplina administrativista estas nuevas formas de actuación presididas por la cooperación y corresponsabilidad de todos los actores económicos y sociales, tanto públicos como privados, al interior y al exterior del Estado, es evaluado desde enfoques encontrados. Un sector de la doctrina –principalmente francesa– habla de la “desestructuración” y

\* Este artículo fue publicado originalmente en la *Revista General de Derecho Administrativo*, lustel, No. 49/2018, Madrid.

\*\* Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana, 2014). Profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad de Guayaquil. Ex Profesor adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José L., .“Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, No. 193, 2014, p. 14.

“desestabilización del Derecho administrativo”;<sup>2</sup> otra tendencia habla de un “nuevo” Derecho administrativo, producto de la obligada renovación de sus fundamentos científicos,<sup>3</sup> de sus instituciones, enfoques, métodos y técnicas, que le permite así penetrar en los espacios que hasta ahora le habían sido ajenos (o lejanos) y dar respuesta a las nuevas realidades prácticas.

Para Javier BARNÉS se ha producido una “gran explosión del Derecho administrativo”, con la que se refiere a la notable expansión de su espacio vital y a las transformaciones cualitativas que han llevado a esta disciplina a superar “los tres diques que delimitaban sus señas de identidad: como *Derecho nacional*, *Derecho del poder*, y como *Derecho de vocación ejecutiva*”.<sup>4</sup>

En esta etapa, el Derecho administrativo viene marcado entonces por las relaciones de interdependencia social, económica, informativa o ambiental con que se manifiesta el fenómeno de la globalización y que reclama la colaboración tanto de autoridades nacionales como supranacionales, de organizaciones públicas, privadas y mixtas, dentro y fuera de las fronteras. En este contexto,

“el Derecho administrativo ‘del trabajo en común’ –como lo define– hará uso de procedimientos compuestos, en los que participan autoridades nacionales en las distintas fases; de principios o componentes procedimentales de última generación que guíen la acción de los sujetos privados que participan en tareas regulatorias; de evaluaciones de impacto regulatorio; de mecanismos de medición, control y seguimiento de los efectos que producen las resoluciones adoptadas; de organizaciones más abiertas y ágiles que trabajan en red; etc. Es un Derecho, por ejemplo, que no se preocupa solo del límite –de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad en sentido clásico) – para ocuparse también de la prohibición de defecto; que prohíbe ‘quedarse corto’ en la tutela y consecución de determinados valores o bienes; que no se limita al acto administrativo nacional, unilateral, estable y meramente aplicativo,

<sup>2</sup> AUBY, Jean B., “La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif”, *Actualité juridique*, Edition droit administratif, vol. 57, No. 11, 2001, pp. 912-926.

<sup>3</sup> En esta línea, Barnés, Javier, *Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo. Historia y retos del Derecho administrativo contemporáneo*, Global Law Press, Sevilla, 2012; “New frontiers of administrative law: A Functional and Multi-Disciplinary Approach”, *International Society of Public Law, Conferencia Inaugural*, 2014; SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en Javier Barnés (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Global Law Press, 2012; Cassesse, Sabino, “New paths for administrative law: A manifiesto”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10 (3), 2012.

<sup>4</sup> BARNÉS, Javier, *Transformaciones...*, ob. cit., pp. 10 y 11.

porque le interesa también el acto administrativo transnacional, pactado, provisional y fuente del Derecho [...]”.<sup>5</sup>

Así, el Derecho administrativo contemporáneo se concibe como un fenómeno *multinivel* y *multiforme*, es decir, se expresa tanto a nivel global como doméstico, como actividad de sujetos públicos y de sujetos privados, y con formas expresivas de la autoridad o del acuerdo, mediante instrumentos formales o informales, obligando o simplemente recomendando; fórmulas todas que se superponen y se complementan.

Si se tiene en cuenta que tanto la autoridad pública como la territorialidad han sido siempre los caracteres “clásicos” del Derecho administrativo, fácil es advertir entonces el desafío que supone para esta disciplina las consecuencias generadas por la globalización, tanto por la creciente internacionalización de las relaciones administrativas, como por los propios efectos que produce en las relaciones que se desarrollan al interior del Estado.

El presente trabajo se propone abordar algunas de las líneas claves en la transformación de la disciplina del Derecho administrativo frente a la globalización. Para ello, realizaremos primero un acercamiento descriptivo del desarrollo de las administrativas en este contexto, comenzando por aquellas que tienen lugar a nivel supraestatal y su consecuente impacto en el plano nacional (I), y luego con las que se desarrollan hacia el interior del Estado (II); para, por último, exponer algunas de las ideas claves desarrolladas por la doctrina (III), en función de una transformación científica y metodológica de la disciplina del Derecho administrativo, que le permita explicar la nueva realidad.

## **I. La actividad administrativa supraestatal: la emergencia del Derecho administrativo global y su incidencia en los ordenamientos nacionales**

El Derecho administrativo actual se ha configurado, por una parte, por la notable influencia de la regulación administrativa global. El *Derecho administrativo global* (*Global Administrative Law*, GAL, en la terminología norteamericana o italiana) o *internacional* (*Internationales Verwaltungsrecht*, IVR, según la teoría alemana) es producto de un aumento en el alcance y las formas de regulación y administración que se desarrolla más allá de las fronteras estatales, para abordar las consecuencias de la interdependencia generada por el fenómeno globalizador. La globalización económica y financiera se caracteriza por el intercambio universal de bienes y servicios, que potencian el libre flujo de capitales y las inversiones, lo que conduce a la configuración de un nuevo orden económico y financiero a escala mundial que, consecuentemente,

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 25 y 26.

exige un orden jurídico de carácter internacional que supere el alcance y la concepción de los ordenamientos nacionales, determinados por el principio de soberanía estatal.

Para que pueda desarrollarse sin mayores dificultades el libre intercambio de productos y servicios, característico de la globalización, “se impone que las normas se apliquen en territorios lo más amplios posible. Es decir, que no exista una fragmentación indebida de las regulaciones que exijan a los operadores económicos adaptar sus productos o servicios a cada uno de los sistemas legales que dominan en cada mercado”.<sup>6</sup> Al mismo tiempo, el desarrollo tecnológico y de la conectividad mundial, y el indudable impacto que ello tiene en el desarrollo de las relaciones económicas, o la interdependencia en ámbitos como la seguridad (territorial, alimentaria, ambiental, sanitaria, etc.), la regulaciones financieras, las telecomunicaciones, la movilidad humana, la aeronáutica, el deporte, imponen la armonización de determinadas regulaciones y la fijación de estándares universales.

Se desarrolla así —en terminología de CASSESE— una especie de “espacio jurídico global”, un “mosaico de sistemas jurídicos, con diferentes niveles (locales, nacionales, regionales, globales) y una pluralidad de regímenes regulatorios sectoriales”,<sup>7</sup> en el que, además de operar fuerzas enfrentadas, existen varias organizaciones que reclaman el control, no ya sobre territorios y personas, sino sobre funciones.<sup>8</sup> Esta regulación administrativa global no opera generalmente en dos niveles distintos, separados verticalmente —internacional y nacionales—; más bien, funciona a través de una red de interacciones e influencias, horizontales, verticales y diagonales, entre una multiplicidad diversa de diferentes regímenes y actores.<sup>9</sup>

La regulación administrativa global puede agruparse —según KINGSBURY, KRISCH y STEWART—<sup>10</sup> en cinco formas ideales, las que en la práctica se combinan y superponen:

*a) La regulación y administración por organizaciones internacionales formales.* Son las organizaciones intergubernamentales (formalizadas) los principales agentes de la regulación y la administración internacional. Por ejemplo, la propia ONU, a través de su Consejo de Seguridad y sus comités, que adoptan

<sup>6</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 291.

<sup>7</sup> CASSESE, Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 175.

<sup>8</sup> CASSESE, Sabino, “New paths...”, *ob. cit.*, p. 605.

<sup>9</sup> STEWART, Richard, “The global regulatory challenge to U.S. administrative law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, p. 703.

<sup>10</sup> KINGSBURY, Benedict, Nico KRISCH y Richard STEWART, “The emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, No. 3-4, 2005, p. 20.

decisiones en materia de seguridad internacional, tanto respecto de países concretos (fundamentalmente sanciones), como sobre las personas (la lista de personas consideradas amenazas a la paz mundial, la determinación de la condición de refugiado, etc.); las normas sobre seguridad nuclear o para la protección contra radiaciones o manejos de material radiactivo por parte de la Organización Internacional para la Energía Atómica; las funciones administrativas como la administración de campos de refugiados en algunos países por el Alto Comisionado para los Refugiados.

Otros ejemplos incluyen las acciones de la Organización Mundial de la Salud en la evaluación de los riesgos mundiales para la salud y la emisión de advertencias; las normativas del Banco Mundial en materia de ayuda para el desarrollo; las políticas y estándares establecidos por el Grupo de acción financiera contra el blanqueo de capitales del (G-8) y la evaluación de las mismas en los países que las han adoptado; la elaboración de estándares e identificación de buenas prácticas en varios ámbitos económicos y sociales por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE); la administración y vigilancia de la aplicación por los miembros de los distintos acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por los órganos subsidiarios especializados (consejos, comités y subcomités); etcétera.

*b) La regulación basada en la acción colectiva de redes transnacionales de cooperación entre agentes reguladores nacionales.* Se desarrollan al margen de estructuras y mecanismos formales de toma de decisiones, predominando, por el contrario, la cooperación informal. Aunque los acuerdos carezcan de eficacia jurídica vinculante, sí pueden resultar muy eficaces. Un ejemplo clásico es el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Comité de Basilea), que reúne, fuera del marco de cualquier tratado, a las autoridades de varios bancos centrales para coordinar y acordar acciones relacionadas con el fortalecimiento y la supervisión al sector bancario. Otro ejemplo tiene que ver con los acuerdos bilaterales para el reconocimiento mutuo por los Estados, de la validez de regulaciones nacionales en el ordenamiento del otro, o para el establecimiento de equivalencias.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Sobre la importancia de estas formas de cooperación regulatoria, sirva de ejemplo la Orden Ejecutiva 13609, de 1 de mayo de 2012, del Presidente de los Estados Unidos, “Promoción de la cooperación regulatoria internacional”, en la que se expresa que: “al abordar los desafíos compartidos que involucran la salud, la seguridad, el trabajo, el medio ambiente y otras cuestiones, la cooperación reguladora internacional puede identificar enfoques que son al menos tan protectores como los que son o serían adoptados en ausencia de tal cooperación. La cooperación internacional en materia de reglamentación también puede reducir, eliminar o evitar diferencias innecesarias en los requerimientos reglamentarios [...]”, disponible en [whitehouse.gov/the-press-office/2012/05/01/executive-order-promoting-international-regulatory-cooperation](http://whitehouse.gov/the-press-office/2012/05/01/executive-order-promoting-international-regulatory-cooperation). En el informe de 2013 de la *United States Government Accountability Office* se brinda una información detallada de las actividades de cooperación

c) *La administración distribuida, realizada por órganos de regulación nacional bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos.* En esta forma de administración, las agencias reguladoras nacionales actúan como parte del espacio administrativo global a través de la toma de decisiones sobre asuntos de interés externo o mundial. Un ejemplo es el ejercicio de la jurisdicción reguladora extraterritorial, en la cual un Estado busca regular la actividad que ocurre principalmente en otros lugares. Pero incluso la administración interna sin efectos extraterritoriales inmediatos puede ser parte del espacio administrativo global, especialmente cuando está encargada de implementar un régimen internacional para el logro de objetivos comunes (como, por ejemplo, la legislación ambiental internacional).<sup>12</sup>

d) *Administración por acuerdos híbridos intergubernamentales y privados.* Esta forma de administración se caracteriza por la toma de decisiones a cargo de organismos mixtos, compuestos por autoridades públicas y agentes privados. Un ejemplo clásico de esta forma de administración es la que realiza la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, en inglés), que cuenta en la actualidad con representantes de organizaciones privadas y gubernamentales.

e) *Administración por instituciones privadas con funciones reguladoras.* Entre de estas pueden encontrarse instituciones como la Agencia Mundial Antidopaje, el Comité Olímpico Internacional, o la International Standard Organization (ISO), la cual ha adoptado alrededor de 21 000 estándares de armonización de productos y servicios, que han generado impactos económicos importantes en todo el mundo y son frecuentemente utilizadas por las autoridades reguladoras, incluso las basadas en tratados. También organizaciones empresariales como la Sociedad Mundial para las Telecomunicaciones Financieras Interestatales (SWIFT, en inglés) y su sistema de cartas de crédito.

Las modalidades de regulación son de diverso signo y efectos,<sup>13</sup> e incluyen tanto las de naturaleza vinculante (las fuentes clásicas del Derecho internacional público: tratados y su legislación secundaria de implementación), como las del denominado *softlaw*, que comprenden una variedad de

---

regulatoria internacional en las que se han involucrado las distintas agencias (seguridad química, seguridad del consumidor, regulaciones de vehículos, etc.). Disponible en <http://www.gao.gov/assets/660/656488.pdf>.

<sup>12</sup> KINGSBURY, Benedict, Nico KRISCH y Richard STEWART, "The emergence...", ob. cit., pp. 21 y 22.

<sup>13</sup> Sobre las características y clasificaciones de los instrumentos de regulación internacional, cfr. GOLDMAN, Matthias, "Inside relative normativity: from sources to standard instruments for the exercise of international public authority", *German Law Journal*, vol. 09, No. 11, 2008, pp. 1865-1908.

instrumentos (recomendaciones, informes, códigos de conductas, guías, normas técnicas, etc.) de mayor importancia cuantitativa,<sup>14</sup> y que derivan su fuerza regulatoria no de la obligatoriedad formal (de la que carecen), sino de su capacidad persuasoria, en tanto sirven de línea orientadora para la mejor toma de decisiones o como criterio interpretativo o complementario del Derecho positivo.<sup>15</sup>

El impacto de estas regulaciones globales en el espacio interno es cada vez más patente. Su decisiva influencia se produce no ya solo a través de la tradicional adaptación del Derecho interno, dada por la exigencia de cumplimiento por el Estado de sus obligaciones internacionales –y en las que los actores privados son abordados formalmente desde la aplicación del derecho interno–; sino que cada vez más las decisiones de las autoridades administrativas nacionales se ven limitadas por normas sustantivas y procedimentales establecidas a nivel mundial.

En este sentido, es necesario tomar en consideración –como sostiene DARNACULLETA GARDELLA– que en un número creciente de sectores, los organismos transnacionales de regulación ejercen el monopolio de la producción de estándares internacionales, en una suerte de delegación de la autoridad regulatoria en el ámbito global, que son aplicados por los Estados con

<sup>14</sup> La proliferación de la regulación por estándares la explica Dieter KERWER, sobre la base de sus ventajas en comparación con las normas vinculantes. En general –dice–, los estándares se adaptan mejor a un mundo de creciente interdependencia que el derecho vinculante; cruzan las fronteras nacionales con mayor facilidad que las leyes porque, a diferencia de estas, su eficacia no se limita formalmente a las jurisdicciones nacionales; tienen una mayor probabilidad de motivar el cumplimiento siempre que la pericia que encarnan se considere relevante. Además, el carácter voluntario de los estándares es más compatible con el principio de soberanía nacional, ya que los usuarios conservan autonomía sobre su uso. Por último, el establecimiento de estándares internacionales es menos propenso a caer en la trampa de la toma de decisiones que genera un tratado; los Estados tienen menos razones para resistirse a las normas porque su seguimiento no es formalmente obligatorio. Además, en el caso de los interbloques, hay más posibilidades de cambiar el foro de toma de decisiones, ya que el establecimiento de estándares suele estar menos organizado que el de los tratados y existe una pluralidad de foros que se ocupan de normas similares”. KERWER, Dieter, “Rules that many use: Standards and global regulation”, *Governance*, vol. 18, 2005, p. 616.

<sup>15</sup> En este sentido, resulta muy ilustrativa la paradigmática sentencia *Grimaldi*, de 13-12-1989, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien entiende que este tipo de regulaciones, a pesar de carecer de eficacia vinculante, “no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos” y los jueces están obligados a tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, “sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”.

independencia de su validez jurídica, o son simplemente incorporados como Derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales.<sup>16</sup>

Son numerosos los organismos normativos mundiales cuyos estándares penetran directamente en el contexto regulador nacional y son asumidos y aplicados por entidades nacionales, respetadas en la práctica, pese a no ser formalmente vinculantes, precisamente por las presiones del entorno altamente competitivo y por la supervisión constante de su cumplimiento. El papel más relevante lo tiene el sector regulación financiera,<sup>17</sup> en el que destacan las llamadas agencias de *rating* que, concebidas inicialmente para solventar las dificultades del acceso a la información financiera en el mercado, han alcanzado un enorme poder en el escenario financiero global, al punto de ser capaces de alterar el equilibrio financiero y monetario internacional y condicionar las agendas políticas de los Estados y las organizaciones internacionales, pudiendo incluso provocar consecuencias desastrosas a escala global.<sup>18</sup>

Por otro lado, los propios actores privados (individuos, grupos, corporaciones, las ONG), destinatarios de los regímenes regulatorios globales son, de manera creciente, sujetos directos de la acción de estos organismos internacionales, a través de la adopción de medidas o la realización de acciones ejecutivas con efectos jurídicos directos, sin necesidad en algunos casos de intervención de autoridades nacionales,<sup>19</sup> con lo cual, además, se va reduciendo progresivamente la distancia que entre aquellos y estos había impuesto el Derecho internacional público tradicional.

Entre las regulaciones globales o la propia actividad administrativa directa de las organizaciones internacionales y el Derecho nacional se producen inevitables tensiones, como consecuencia de la disparidad y heterogeneidad de las normas internacionales y los cuestionamientos sobre la legitimidad de origen de muchas de ellas, toda vez que estas no son producto de un ordenamiento jurídico unitario, con una estructura jerárquica de las fuentes, que aseguren

<sup>16</sup> DARNACULLETA GARDELLA, María M., “El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, No. 199, 2016, p. 24.

<sup>17</sup> Un análisis sobre la regulación global en el sector financiero puede verse en DARNACULLETA GARDELLA, María M. y María A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera”, *Revista de Administración Pública*, No. 183, 2010, pp. 139-177.

<sup>18</sup> SIRIANNI, Guido, “Il rating sovrano”, *Constitutionalismo.it*, Fascicolo 2, 2012, p. 1.

<sup>19</sup> Ver, al respecto, los ejemplos señalados en relación con la lista del Consejo de Seguridad de la ONU sobre las personas consideradas amenazas para la paz mundial, o el otorgamiento de la condición de refugiado por el Alto Comisionado. Otros ejemplos que pudieran citarse y que involucran a decisiones de organizaciones no estatales, son las sanciones impuestas a atletas, clubes o federaciones nacionales por organismos deportivos mundiales (FIFA, COI, TAS); el reconocimiento internacional de una marca por parte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, etcétera.

su unidad y coherencia, ni cuentan muchas de ellas en su producción o aplicación con las garantías (procedimentales, de control o tutela) propias de los ordenamientos nacionales.

Estas tensiones serán más intensas en la medida en que las normas o las acciones administrativas de instancias internacionales afecten directamente la esfera de los derechos, y aunque difícilmente puedan ser resueltas del todo, sí pudieran ser atenuadas a través de los métodos de interpretación del Derecho y la introducción de fórmulas correctivas.<sup>20</sup>

## **II. Los efectos de la globalización en la actividad administrativa al interior del Estado. Nuevos rumbos del Derecho administrativo**

El impacto de la globalización sobre los ordenamientos estatales no es únicamente formal, esto es, a través de la incorporación de las normas o estándares de carácter global (o internacional) en el Derecho interno, sino que determina además un cambio en los paradigmas de la organización y métodos de actuación administrativas que permita hacer frente la nueva realidad.<sup>21</sup>

El crecimiento del poder económico privado y el desarrollo de nuevas relaciones de entrecruzamiento con el poder político abocan a un replanteamiento de los espacios de intervención y funciones de uno y otro. Las estructuras estatales de Administración de naturaleza política (ministerios y similares) son

<sup>20</sup> Puede citarse, a modo de ejemplo, la Sentencia de 21-09-2005 del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (TPI), en la demanda formulada por una fundación árabe radicada en Suecia contra la lista de sancionados del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad en el marco de la lucha contra el terrorismo. Los miembros de la ONU están obligados a “aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad” [art. 25 de la Carta], sin embargo, las personas afectadas no están legitimadas para interponer recurso alguno contra sus decisiones, solo pueden pedirle al Estado en el que tengan su residencia que solicite una revisión al propio Comité. El TPI ha declarado que las Resoluciones de los órganos de la ONU no pueden ser enjuiciadas a la luz de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario. Sin embargo, a continuación, parte de la base de que dichas resoluciones solo pueden ser vinculantes cuando observen las normas fundamentales de *ius cogens* del Derecho internacional público. “La intensificación de las intervenciones administrativas concretas, como la experimentada por la actividad del citado Comité de Sanciones, lleva así aparejada un mayor nivel de exigencia de los específicos mecanismos jurídico-administrativos de garantía individual, como son el derecho de defensa en el marco del procedimiento administrativo y la tutela judicial efectiva”. Cfr. SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, “La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, traducción de Oriol Mir Puigpelat, *Revista de Administración Pública*, No. 171, 2006, pp. 16 y 17.

<sup>21</sup> Sobre las distintas reformas de las administraciones públicas en el ámbito europeo, cfr. NAPOLITANO, Giulio, “Le riforme amministrative in Europa all’inizio del ventunesimosecolo”, *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 611-640.

parcialmente reemplazadas por entidades “independientes” (agencias, comisiones u otras) de alta especialización técnica y desvinculadas, en la mayoría de los casos, de los titulares del poder político, con los que no mantienen ninguna relación de responsabilidad.

De igual forma, adquiere un elevado protagonismo la gestión pública por los particulares, grupos sociales o entes corporativos, bajo diversas formas de colaboración o atribución: concesiones, delegaciones o procesos de liberalización y privatización, con la consecuente transferencia de funciones o potestades hasta entonces de signo estatal y una intensificación en el funcionamiento del sector público de las técnicas de gestión del sector privado.

Todas estas técnicas son resumidas en el concepto del *New Public Management* (NPM)<sup>22</sup> –con el que se alude a una transformación directiva a través de la instauración de procesos de *agencification*, *marketisation*, sistemas de evaluación, *benchmarking*, *customer orientation*, *empowerment*, *outsourcing*–, o en el más reciente *New Public Governance* (NPG), cuya base teórica es la sociología organizacional y el trabajo en red, con el que se intenta superar lo limitado y fragmentario del anterior.<sup>23</sup>

Ello, consiguientemente, condiciona todo el proceso de transformación del Derecho administrativo tradicional: afecta al sistema de fuentes, en el que se introducen nuevas categorías supra o infralegales; a los propios conceptos jurídicos, debido a la influencia de términos provenientes de otros sistemas jurídicos y de otras disciplinas; y a las mismas instituciones clásicas, como el acto administrativo, los contratos o el servicio público, con nuevas figuras provenientes del Derecho privado.

También influye en la intensidad y alcance de la propia normativa que emana de la Administración, la que a su vez hay que analizar desde dos vertientes distintas: en sus relaciones con la ley parlamentaria, frente a la cual la actividad administrativa adquiere mayor protagonismo, y en relación con la normativa proveniente del sector privado, ante la cual cede tanto en lo cuantitativo,

<sup>22</sup> El término comienza a utilizarse a finales de los 80 y fue acuñado en 1991 por Christopher HOOD, catedrático de la Universidad de Oxford, en el artículo “A public management for all seasons?”, *Public Administration*, No. 69, 1991, pp. 3-19, para denotar un nuevo (o renovado) énfasis en la importancia de la gestión y la “ingeniería de producción” en la prestación de servicios públicos, a menudo vinculado a doctrinas del racionalismo económico. El nuevo término pretendía denotar los programas de reforma del servicio público que no se limitaban a la “nueva derecha” en un sentido estricto, sino que también provenían de los partidos laboristas y socialdemócratas y, en ese sentido, podían considerarse parte de lo que luego se denominó la agenda de la “tercera vía”. Vid. HOOD, Christopher, “Public management, New”, *The encyclopedia of the social and behavioral sciences*, Elsevier, 2002, pp. 12553 y 12554.

<sup>23</sup> OSBORNE, Stephen P., “The new public governance?”, *Public Management Review*, vol. 8, Issue 3, 2006, pp. 382 y 383.

mediante la transferencia de potestades o funciones de regulación y control, como en lo cualitativo, haciendo más flexibles las normas y relativizándose su autoridad. Brevemente podemos analizar estos factores de transformación.

### **A) Las relaciones entre Derecho público y Derecho privado**

Se ha dicho que la globalización, la privatización y las nuevas técnicas de gestión pública, en las que intervienen activamente los actores privados en la actividad regulatoria, han atenuado y desdibujado la división entre lo público y lo privado, llegándose a afirmar, incluso, que dicha distinción ha dejado de tener sentido.<sup>24</sup> El derecho privado invade el espacio del Derecho público y erosiona su especificidad, al tiempo que temas como las empresas estatales, las asociaciones público-privadas, los incentivos públicos a empresas privadas y la regulación orientada al mercado se convierten en aspectos cruciales para el Derecho administrativo,<sup>25</sup> que penetra en la actividad de los entes privados, imponiéndole la observancia de reglas de Derecho público en sus procedimientos.

Esta situación plantea, en cualquier caso, un problema de “supervivencia” para el Derecho público, que ha de resolver no ya mediante la simple coexistencia con el Derecho privado, sino mediante la convergencia de algunas de sus instituciones. Y es que no parece tener mucho sentido que las actividades que persigan una misma finalidad deban regirse por reglas y principios diferentes, en función de los sujetos que la realicen. La privatización o el cambio a régimen de competencia de determinados servicios públicos o la apertura a la colaboración privada en la función pública, no supone la desaparición de los principios o valores públicos que informan tales actividades, los que en todo caso habrán de asegurarse con independencia de que cambien de titular.

Pero el desplazamiento de la actividad administrativa supone también la existencia unos sujetos privados, con intereses propios, que han contar con las garantías que en su condición de sujetos particulares les asegura el Derecho privado. Al mismo tiempo, en la medida en que sujetos públicos y privados colaboran en una misma cadena o red, en cuanto la actividad de un elemento de la cadena afecta la actividad del resto, resultan pertinentes instrumentos equivalentes, que con mayor propiedad puede aportar el Derecho administrativo. Por otra parte, “las instituciones clásicas del Derecho privado (propiedad...) [...] han incorporado elementos indisponibles que lo aproximan a la cultura del derecho público, y en cuya virtud pretende alcanzarse la

<sup>24</sup> SCHEPEL, Harm, *The constitution of private governance. Product standards in the regulation of integrating markets*, Hart, Oxford, 2005, p. 414.

<sup>25</sup> CASSESE, Sabino, “New paths...”, ob. cit., p. 607.

colaboración en la consecución de valores que antes parecía monopolizar el Derecho administrativo”.<sup>26</sup>

Las reacciones a la intervención del Derecho privado en la regulación de la función administrativa han sido diversas, y han ido desde la “publicación” de determinadas actuaciones privadas, con la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica de Derecho privado y la consecuente nulidad de procedimientos, sometiéndolos a las reglas del Derecho público—en un intento de frenar la “huida del Derecho administrativo”—,<sup>27</sup> o la imposición de restricciones de delegaciones a los actores privados o la aplicación a estos de principios constitucionales<sup>28</sup> o de Derecho público en general

<sup>26</sup> BARNÉS, Javier, *Transformaciones...*, ob. cit., p. 31.

<sup>27</sup> El fenómeno conocido en la doctrina como “huida del Derecho Administrativo”, del que se comenzó a hablar, sobre todo en Europa, en los años 80 y 90 del pasado siglo, se caracterizó por el desplazamiento hacia el Derecho privado del régimen jurídico regulador de parte de la función pública desarrollada por instituciones de naturaleza privada o pública, con la consiguiente pérdida de influencia del Derecho administrativo; lo cual generó una primera respuesta inmediata desde la doctrina y la jurisprudencia, de intento de reversión de la huida y recuperación de los dominios del Derecho público. Sobre el tema pueden consultarse los trabajos monográficos siguientes: DEL SAZ CORDERO, Silvia, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, No. 133, 1994, p. 57 y ss.; LAGUNA DE PAZ, José C., “La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, No. 136, 1995, p. 201 y ss.; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, No. 140, 1996, p. 25 y ss.; BREWER CARÍAS, Allan R., “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo”, *Segundas jornadas de Derecho administrativo Allan Randolph Brewer Carías*, Caracas, Ediciones Funeda, 1996, p. 23 y ss.; “El proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo”, en David Cienfuegos Salgado y Luis G. Rodríguez Lozano, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, UNAM, México, 2008, p. 79 y ss.; SALA ARQUER, José M., “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 75, 1992, p. 399 y ss.; BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 78, 1993, p. 233 y ss.; PASCUAL GARCÍA, José, “La huida del Derecho Administrativo, del presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, *Presupuesto y gasto público*, Instituto de Estudios Fiscales, No. 60, Madrid, 2010, p. 109 y ss.; RESTREPO MEDINA, Manuel A., “La respuesta del Derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho”, *Saberes. Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, vol. 5, Universidad Alfonso X El Sabio, 2007, p. 1 y ss.; RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, No. 7, 2005, p. 89 y ss.; TRONCOSO REIGADA, Antonio, “La huida de la Administración pública hacia el derecho privado y la privatización de los servicios públicos: consecuencias en el régimen jurídico de los ficheros de datos personales y en la delimitación del responsable y del encargado del tratamiento”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá II, 2009; p. 31 y ss.

<sup>28</sup> Conocido como la *state action* en el derecho anglosajón. Vid. FREEMAN, Jody, “The private role in public governance”, *New York University Law Review*, vol. 75, No. 3, 2000, pp. 575 y 576.

con los que legitimar su autoridad; hasta la realización de esfuerzos teóricos por crear un nuevo espacio de confluencia que supere la tradicional visión de juego de suma cero con que se ha entendido la relación Derecho público-Derecho privado. Sobre estas cuestiones volveremos en el epígrafe siguiente.

## **B) El declive de la legislación parlamentaria y el debilitamiento de las normas administrativas**

La penetración en el Derecho interno de la regulación jurídica global, dirigida en la mayor parte de los casos hacia las mismas autoridades administrativas estatales, que se convierten en sus ejecutores directos, y la proliferación al mismo tiempo de las administraciones políticamente “neutrales” e independientes de los órganos de representación democrática han venido a generar la pérdida de protagonismo de la ley como eje central de la ordenación jurídico-administrativa. En las actuales circunstancias, los nuevos esquemas de toma de decisiones se apartan de los procesos tradicionales que se resolvían desde arriba, provocando el declive de la regulación parlamentaria y erosionando las bases mismas del actual Estado de Derecho, basado en la primacía de la representación política y en la centralidad de la ley. En resumidas cuentas –como apunta FERRAJOLI–, ha saltado el nexo entre poderes de decisión y Estado de Derecho, que tradicionalmente se encontraba en la representatividad y en la primacía de la ley y de la política, de la que la ley es un producto.<sup>29</sup>

El proceso descrito termina produciendo un aumento del protagonismo de la actividad administrativa sobre la legislativa, con el consiguiente crecimiento de la rama ejecutiva y una pérdida de relevancia del Parlamento. Se realza el rol institucional de la Administración, dada su mejor capacidad de respuesta a los siempre cambiantes y complejos problemas sociales que las del propio legislador, que igualmente se ha visto abocado a una producción legislativa cada vez más fragmentaria y concreta, lo que equivaldría a decir, a una especie de “actividad administrativa a través de la ley” (leyes de caso); a realizar deslegalizaciones de materias a favor de la potestad reglamentaria o a incluir, dentro de la generalidad de la ley, delegaciones, conceptos indeterminados, o cláusulas abiertas que dejan un extenso margen de discrecionalidad a la Administración (leyes marco).

Como señala Marcos KAPLAN, con la complejización de la economía y la sociedad, la diversificación de actores sociales, la gravedad de ciertas áreas problemáticas (defensa, seguridad, crecimiento y modernización, conflictos sociales, legitimidad y consenso), los incrementos tendenciales de la centralización

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, No. 39, 2005, p. 40.

del poder político, entre otros, da lugar a los flujos de poderes y a la centralización creciente de las decisiones políticas en las cúpulas de rama ejecutiva del gobierno. El Parlamento, por su parte, deja de ser la sede y el foro para la formulación, articulación y defensa de los intereses particulares de diferentes clases, grupos e instituciones en competencia, y de los intereses generales del sistema. La garantía de la continuidad (social, política, sistémica) pasa cada vez más del Parlamento al Ejecutivo.<sup>30</sup>

A ello se suman algunos debates doctrinales, fundamentalmente de signo germánico –que también se han replicado en Latinoamérica—<sup>31</sup> que hablan de una “autonomía” o “posición propia” de la Administración, con las que se ha pretendido llegar a reconocérsele un ámbito sustantivo propio de actuación que, de alguna forma, podría poner en cuestión el alcance del principio de primacía de las leyes, para intervenir libremente en cualquier ámbito material;<sup>32</sup> aunque, en realidad, no han logrado mucho éxito.

Pero el crecimiento de la producción normativa administrativa en detrimento de la parlamentaria viene acompañado paralelamente de un debilitamiento de las cualidades tradicionales de dicha regulación. El acto de autoridad unilateral se sustituye en algunos ámbitos por la negociación y la correulación. Se produce en ciertos casos una relativización de la generalidad de las normas administrativas, avanzando hacia un Derecho administrativo *particular*, “producto de la imprecisión de la norma que hace que el proceso de concreción recuerde a una negociación *inter partes* para que ambas concluyan ventajas. No es que desaparezca el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, sino que la norma reglamentaria es tan dúctil que permite una aplicación a

<sup>30</sup> KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización*, 1ª reimp., UNAM, México, 2008, pp. 333 y 334.

<sup>31</sup> En Argentina, por ejemplo, MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 260-267 y CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, 7ª ed., Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 95, defienden la existencia de la llamada “zona de reserva de la Administración”, la que circunscribe a “a la regulación de ciertas materias y situaciones que deben considerarse inherentes y consustanciales a las funciones que tiene adjudicadas el Poder Ejecutivo como jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” y en esos mismos términos lo ha asumido la jurisprudencia (por ejemplo, Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN – PEN- 14/11/2008). En contra, Agustín GORDILLO apunta que es “es franca y ostensiblemente inconstitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o actividades exentas de regulación legislativa: de allí la necesidad de advertir expresamente acerca del punto y recordar que todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso”. *Vid.* GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, p. VII-9.

<sup>32</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José L., “Reflexiones...”, *ob. cit.*, p. 22.

la carta del Derecho en función de la capacidad de negociación de cada uno de los operadores”.<sup>33</sup>

Esto resulta más visible en las relaciones con la inversión extranjera, en las que la Administración Pública, condicionada por un lado por las regulaciones internacionales o por otros factores externos y, al mismo tiempo, por la necesidad de atraer la inversión en función del desarrollo económico, modula el ordenamiento interno a las condiciones o necesidades del agente económico, sea en operaciones singulares o en el establecimiento de reglas generales para determinados sujetos o formas de inversión.

### C) El alcance de la actividad de regulación y control

Los fenómenos de autorregulación y corregulación condicionan también el alcance de la actividad administrativa tradicional de regulación y control. La cesión de los espacios de influencia en la actividad regulatoria y de control de la Administración tradicional se debe, en gran medida, a la pérdida de lo que Max WEBER definía como su gran instrumento de superioridad y dominación: el saber profesional especializado.<sup>34</sup> Los vertiginosos avances de la ciencia y la tecnología han desbordado la capacidad técnica de la Administración y sus funcionarios, para dar respuesta a las demandas sociales frente a las crecientes necesidades y la complejidad de los problemas. El conocimiento especializado hoy se concentra indudablemente en los sectores privados, cuyos sujetos asumen cada vez en mayor medida las funciones reguladoras y de gestión y control de riesgos.

La liberación de la producción y la prestación de servicios y la privatización impactan en el régimen de intervención administrativa, sustituyendo los mecanismos de control previo (autorizaciones, permisos, licencias) por otros que posibilitan más rápidamente la realización de las actividades, como las declaraciones responsables, comunicaciones previas u obligaciones de información y la implementación del control *a posteriori*, reduciendo por tanto el control previo a la excepcionalidad, cuando así lo justifiquen razones imperiosas de interés general, atendiendo a los criterios de proporcionalidad –debiendo adoptarse, de entre todas las posibles, las medidas de control menos restrictivas– y no discriminación.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: Presupuestos de una relación”, *Revista de Administración Pública*, No. 164, 2004, p. 30.

<sup>34</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 2ª ed. en español, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1964, p. 178.

En este nuevo contexto, y para salvaguardar el interés general que pueda verse afectado por la eliminación de los controles *ex ante*, existe coincidencia en la necesidad de reforzar la intensidad de la regulación (se hace absolutamente imprescindible una regulación exhaustiva que permita a los prestadores el conocimiento y comprobación de los requisitos que son aplicables a su actividad) y de las estructuras de control *a posteriori* que puedan compensar la falta de controles previos.<sup>35</sup>

En este punto, el papel del sector privado adquiere mayor relevancia. Ahora va más allá de la mera influencia en la función normativa, adquiriendo una participación activa en la producción, el control, la implementación y la evaluación de parámetros y procedimientos. Así, por ejemplo, las garantías de las reglas sobre la libre competencia son encargadas a entidades autónomas separadas de los organismos que regulan la propia actividad y las técnicas de intervención en los mercados son también distintas, limitadas prácticamente a asegurar la libertad de la competencia, la transparencia y la protección de los consumidores. Existen también agencias o corporaciones que realizan actividades regulatorias de índole certificatoria, de evaluación, auditoría, seguimiento y control etcétera.

En suma, el destacado aumento del protagonismo de los particulares en la gestión de lo público, tanto en lo prestacional como en la regulación y el control de la actividad económica, hace necesario, a modo de compensación, un reforzamiento de la idea de interés general como idea legitimadora de la actividad estatal, la que se intenta hacer valer a través de la consideración del Estado como un “Estado garante”, como un “Estado regulador” o, más recientemente, como un “Estado estratega”.<sup>36</sup> Como apunta ESTEVE PARDO, “es un hecho, tan cierto como relevante, que muchas funciones y cometidos del Estado fluyen hacia una sociedad en la que se encuentra hoy el conocimiento científico, los medios técnicos, los capitales económicos, o la eficacia gestora, pero esa sociedad es incapaz de mantener la perspectiva de los intereses generales y ofrecer una racionalidad alternativa a la del Estado”.<sup>37</sup>

En estas condiciones se reconfiguran las funciones de la Administración Pública mediante fórmulas que le permitan, a través de nuevas medidas organizativas y normativas, contar con los instrumentos necesarios que le posibiliten garantizar la satisfacción del interés general y los derechos económicos de los

<sup>35</sup> FORTES GONZÁLEZ, Ana I., “La responsabilidad patrimonial de la Administración ante las nuevas formas de control administrativo”, *El nuevo Derecho administrativo. Libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2011, p. 567.

<sup>36</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José L., “Reflexiones...”, ob. cit., p. 15.

<sup>37</sup> ESTEVE PARDO, José, “La extensión del derecho público. Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, No. 189, 2012, p. 18.

ciudadanos, procurando el mantenimiento de los servicios esenciales y que estos sean gestionados con objetividad y bajo los indispensables parámetros de calidad y accesibilidad.

### **III. Claves de la transformación científica y metodológica del Derecho administrativo en el contexto de la globalización**

Lo expuesto en los epígrafes anteriores evidencia en modo indiscutible que la realidad contemporánea impuesta por la globalización ha abocado al Derecho público, en general, y al administrativo en particular, a una profunda reflexión sobre sus postulados teóricos, a fin de hacerlos compatibles con los nuevos escenarios en que se desarrollan las funciones de la Administración. El alcance de estas transformaciones y los métodos en función de ellas sigue siendo un tema controvertido.

Para SCHMIDT- ASSMANN, el gran reto para el Derecho administrativo consiste en preservar, mediante las necesarias adaptaciones,

“la función ordenadora y sistematizadora que debe cumplir la llamada Parte General, sobre la masa heterogénea de normas y técnicas administrativas y, en general, en hacer frente a la rápida evolución que se viene operando en los distintos sectores materiales de la actividad de los poderes públicos, a través de una nueva orientación metodológica, basada en un diálogo multidisciplinar y abierta a nuevos conceptos y a nuevas estrategias regulatorias, centradas no solamente en la disciplina y limitación del poder, sino también en la efectividad y eficacia del conjunto de la actuación administrativa”.<sup>38</sup>

Esta renovación a la que se abocan los fundamentos teóricos del Derecho administrativo y en las que hoy se vuelcan los esfuerzos doctrinales, parte, en primer lugar, de sus propios rasgos identitarios como un sistema cerrado de normas y principios propios *del poder y para el poder* (estatal), para extender sus dominios hacia otros ámbitos, que incluyen la proyección exterior de la función administrativa o las actividades de los agentes privados que realizan funciones equivalentes a las de las entidades públicas y que en importante medida, tanto aquellas como buena parte de estas, hoy se sitúan en terrenos del Derecho privado, sea por la “huida” hacia él de las segundas, o por la incapacidad del Derecho administrativo de penetrar en *toda* la actividad de los primeros que, por su naturaleza, les han de pertenecer.

Por otro lado, se exige un cambio de perspectiva y de método en la forma de construir y explicar las relaciones entre los órganos del poder

<sup>38</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José L., “Reflexiones...”, ob. cit., p. 38.

(legislativo-ejecutivo); en la articulación de la organización administrativa, con sus múltiples fórmulas; en los mecanismos de intervención y actuación de la Administración, más allá de la decisión unilateral; en los parámetros y métodos de control y en el sistema de fuentes.

Para SCHMIDT ASSMAN, la ciencia del Derecho administrativo ha de ser concebida como una ciencia de *dirección*,<sup>39</sup> que ponga el acento en la *eficacia* de la gestión administrativa que el Derecho pretende disciplinar. Un modelo cuya perspectiva no se agota en los medios característicos del ejercicio de autoridad o en los que son propios de la ejecución forzosa para la aplicación imperativa de las leyes, sino que obliga a incluir *todas* las modalidades del Derecho: desde los programas legales de carácter material, llamados a una aplicación directa y sencilla; hasta los instrumentos financieros; de organización y de procedimiento.

Ello implicaría una innovación en la concepción dogmática y metodológica del pensamiento jurídico-administrativo tradicional, complementando sus postulados o presupuestos con los de otros nuevos modelos con los que habrá de convivir. En ese sentido –apunta–, las instituciones de la teoría general, tal como han sido entendidas tradicionalmente, podrán perder en cierto modo su protagonismo o centralidad, para transformarse en modelos básicos y fundamentales que, junto con los nuevos modelos que se alumbren, habrán de formar un conjunto normativo mucho más complejo y poliédrico.<sup>40</sup>

Podrían sintetizarse algunas claves de para esta transformación:

*A. El cambio de paradigma en la organización administrativa y el sistema de fuentes:*

<sup>39</sup> El concepto de *dirección* desde las ciencias sociales –explica el propio autor– hace referencia a un marco teórico que permite analizar los factores determinantes de los procesos sociales e indagar cuáles son sus dinámicas y sus condiciones ambientales; para conocer, en consecuencia, también los fundamentos o parámetros de identificación acerca de cómo influye el Derecho en la sociedad, cómo despliega su eficacia en la realidad. Esta teoría se ha estructurado en torno a cuatro elementos básicos y en recíproca interrelación: los sujetos de esa dirección, el objeto de la dirección, los medios y los instrumentos al servicio de la dirección. De ese modo, se muestra en toda su riqueza la complejidad del sistema social y se pone de manifiesto cómo interactúan y entrecruzan las distintas relaciones de ese proceso directivo. Así, esta noción resulta de suma importancia en el debate actual sobre la reforma del Derecho administrativo en tanto, por un lado, contribuye a estar en contacto con los conocimientos que aportan las ciencias sociales y, en consecuencia, a tener en cuenta los problemas que se producen en los momentos de cambio y porque, por otro, sirve para identificar dónde se encuentran las claves y las líneas de evolución futura de la ciencia del Derecho administrativo, lo cual resulta sumamente útil para garantizar la eficacia de este, su “función prestacional” y la “responsabilidad de establecer la infraestructura del ordenamiento jurídico”. Vid. SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales...”, ob. cit., pp. 45-50.

<sup>40</sup> SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales...”, ob. cit., pp. 44-48.

En primer lugar, es necesario el cambio en los métodos de análisis de las instituciones del Derecho administrativo, que supere el enfoque estatal-nacionalista, teniendo en cuenta la expansión de los principios básicos comunes en todos los niveles, nacional, transnacional y global. En lo que se refiere, por ejemplo, a la concepción y articulación de la organización administrativa, hay que tener en cuenta que esta ha dejado de ser una unidad orgánica cerrada y jerárquicamente estructurada, para dar paso a una multiplicidad de fórmulas organizativas que actúan en distintos niveles y desempeñan un papel relevante en el escenario político y económico. Lo que supone, entonces, una adecuación de los principios, mecanismos o fórmulas de la relación entre los diversos sujetos, el reparto de competencias, los límites, la transversalidad o sectorialidad de las estructuras y su función en la estructuración del ordenamiento jurídico.

Esto a su vez incide en el sistema de fuentes del Derecho. Las producciones normativas de muchos de los entes reguladores no siempre tienen el carácter (formalmente) vinculante; pero que sí tienen una indudable influencia en la práctica administrativa y en última instancia conforman el marco jurídico en el que ha de desenvolverse la Administración. En ese sentido, se requiere también una renovación de los aspectos teóricos del sistema de fuentes, con los que se puedan dar cabida a las distintas fórmulas jurídicas que regulan el marco de las relaciones administrativas, más allá de las tradicionales como la Constitución, la ley o las disposiciones reglamentarias.

#### *B. La interacción del derecho público-derecho privado:*

Por otra parte, la renovación del Derecho administrativo viene exigiendo una apropiada comunicación con las instituciones del Derecho privado. Todos estos ámbitos de confluencia entre lo público y lo privado imponen invariablemente la necesidad de una readaptación de las instituciones e instrumentos clásicos del Derecho administrativo, porque es esta la disciplina a quien le compete, por su propia naturaleza, la regulación de todo lo que atañe a la vida pública, sea que se manifieste o no, como antaño, en relaciones de poder y es, por tanto, desde donde deben explicarse los nuevos fenómenos.

La participación de actores estatales sujeta a restricciones de Derecho público, nacionales e internacionales, junto con actores privados que de hecho pueden tener obligaciones conflictivas como la confidencialidad comercial, amenaza un conjunto de controles muy desigual y potencialmente perjudicial. Sin embargo, el desafío es importante. Determinar cómo se puede configurar o poner en práctica el Derecho administrativo en relación con tales organismos es difícil.

No se trata de la imposición de las reglas clásicas del Derecho administrativo frente a toda la actividad privada de interés general, sino de adaptarlas a la nueva realidad. Servirse del Derecho privado para la consecución de sus

finés, mediante la incorporación en su propia dinámica de técnicas y medios propios del Derecho administrativo (organización, procedimientos, sistemas de control).

En la consecución de los intereses convergentes entre la esfera social y estatal, dice SCHMIDT ASSMANN, siguiendo la tesis de la Administración garantizadora de A. VOSSKUHLE:

“en esa suerte de circuito paralelo de intereses públicos y privados, es necesario dejar que cada subsistema o esfera aporte su propia dinámica y capacidad de actuación. El Estado y la sociedad cuentan con su propia racionalidad [...] las leyes que configuran este específico modelo de Administración y de Derecho Administrativo, afirma [Vosskuhle], han de poner el acento en medidas y actuaciones de carácter estructural y de corte finalista. Y ello se consigue fundamentalmente mediante la selección de las organizaciones y de los procedimientos adecuados. No obstante, a este nuevo Derecho Administrativo le interesan tanto los medios y técnicas típicas del derecho público (procedimientos administrativos; organizaciones administrativas), como privados (procedimientos y organizaciones de derecho privado). Habrán de inocularse en esas instituciones del derecho privado los equivalentes funcionales de las garantías propias del Derecho administrativo clásico. Entre las cuestiones que la dogmática ha de sistematizar y resolver en esta sede, podrían citarse las siguientes:

- el establecimiento de instrumentos que aseguren la calidad y los resultados en la prestación privada de los servicios;
- la creación de procedimientos para la selección de los socios privados más cualificados que hayan de colaborar con la Administración;
- la tutela de los intereses de terceros: competidores, usuarios y consumidores.
- el diseño de mecanismos que garanticen la necesaria evaluación de los servicios y la acumulación de experiencias y un aprendizaje;
- la posibilidad de que el Estado pueda dar marcha atrás y establecer otras fórmulas alternativas”.<sup>41</sup>

### *C. La vinculación de la Administración a la ley y el control de la gestión administrativa:*

En lo que se refiere a la vigencia de los principios estructurales de la función pública, el fenómeno de la desregulación, así como la creciente fragmentación, indeterminación y flexibilidad de las normas administrativas, obliga al replanteamiento dogmático de la relación entre la Administración y la legalidad, relativizándose la formulación del consolidado principio de la vinculación

<sup>41</sup> SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales...”, ob. cit., pp. 107 y 108.

positiva, por el de una vinculación “estratégica” o negativa en determinados supuestos,<sup>42</sup> lo que vuelve a enfrentar a la doctrina y la jurisprudencia iuspublicista en el sempiterno problema de la revisión de los criterios de utilización, limitaciones y control de los poderes discrecionales y la necesidad de mantener el equilibrio de la relación poder-ciudadano.

Un Derecho administrativo moderno –señala SCHMIDT ASSMANN– ha de partir de un modelo de aplicación del Derecho más evolucionado y matizado respecto del clásico modelo de aplicación de la ley y la relación tipificación-subsunición, con el que se pueda dar respuesta adecuada a los distintos escenarios y situaciones en los que la Administración deba resolver, en virtud de las diversas formas de dirigir que la ley presenta:

- conceptos legales abiertos y presupuestos de hecho abiertos;
- cláusulas y mandatos de ponderación de los bienes y valores en presencia, característicos del planeamiento territorial;
- el establecimiento de los fines y objetivos, garantías de resultado, etc., como sucede en la regulación de la competencia o en la autorregulación regulada (sectores regulados);
- habilitaciones legales por las que se le atribuyen a la Administración márgenes de apreciación y de valoración, como en el Derecho ambiental y de la seguridad técnica.<sup>43</sup>

Las operaciones de interpretación y aplicación del Derecho, por tanto, no siempre se presentan como una operación mecánica de ejecución de las determinaciones previas del legislador, en términos además estrictamente jurídicos; sino que son actividades más complejas que, además de considerar todas aquellas reglas que determinan actuaciones obligatorias para la Administración y que cabrían reconducir a la técnica de la simple subsunción, deben partir por identificar cuál es la modalidad de actuación administrativa que la legislación ha determinado y la presencia en ella de márgenes de valoración muy abiertos, o facultades implícitas, la obligación de ponderación de intereses, la alusión a objetivos a cumplir, las garantías de consecución de ciertos resultados o la referencia a conceptos no estrictamente jurídicos (como el de eficiencia), pero que habrán de entenderse y explicarse con métodos jurídicos.

En consecuencia, habrá que avanzar en la necesidad de actualización de los métodos y los parámetros de evaluación de la gestión administrativa, hasta ahora resueltos en términos de control de la estricta legalidad, entendida esta

<sup>42</sup> Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1321-1330 y *Manual de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 91.

<sup>43</sup> SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales...”, ob. cit., p. 98 y 99.

como el respeto a los límites o el cumplimiento de las condiciones o exigencias impuestas por la ley. En ese sentido, corresponde a la ciencia *iusadministrativista* volcar esfuerzos en la construcción de parámetros jurídicos con los que poder evaluar la eficiencia y la calidad de la gestión administrativa, o la razonabilidad y corrección de la planificación o la toma de decisiones.

Pero, al mismo tiempo, habrá que poner el acento en el diseño o potenciación de otros mecanismos de control, más allá de la propia justicia administrativa. Y es que en ocasiones, la perspectiva del control judicial, que es la de la verificación de la aplicación de la ley en la decisión adoptada por la Administración, pudiera resultar muy estrecha e insuficiente si se tiene en cuenta la multiplicidad de factores que intervienen en la toma de decisiones, la variedad de intereses en juego y el contexto en que se ubican.

Como antes decíamos, el papel de la Administración no se limita a una aplicación simple y mecánica de la ley; los márgenes de autonomía cada vez más amplios con los que cuenta la llevan a ocupar un papel relevante no ya en la ejecución, sino en la formulación de las propias políticas. Con ello se hace indispensable el diseño de un control integral de la función administrativa en el cual, no cabe dudas, el jurisdiccional seguirá ocupando un rol primordial, aunque reforzado con otros idóneos –también externos o independientes, más allá de los habituales situados en las relaciones jerárquicas– que aseguren, mediante la evaluación de otros parámetros (eficiencia, presupuestos, balance costos-beneficios), un más alto grado de corrección material de la decisión adoptada, introduciendo elementos de racionalización dentro del procedimiento mismo de toma de decisiones.

#### *D. El diálogo interdisciplinar:*

Un punto de especial importancia en el diseño del control integral de la Administración Pública es el necesario diálogo interdisciplinar. No le es propio, ni por tanto posible, a la teoría del Derecho administrativo elaborar y desarrollar todos los parámetros de evaluación y control de la función administrativa, pues no todos son conducibles a formulaciones jurídicas; pero sí lo es, en cambio, la creación de mecanismos, fórmulas o criterios que permitan la implementación e interacción de todos esos parámetros, con la necesaria concurrencia de las otras ciencias a las que corresponde su comprensión y análisis.

Se requiere, por tanto, profundizar en las relaciones interdisciplinarias que permitan al Derecho administrativo construir sus categorías conceptuales y metodológicas con un mayor aporte de otras ciencias (políticas, económicas, de la Administración, sociología) o con soluciones de otros sistemas jurídicos (Derecho comparado). Ello haría posible una ciencia del Derecho administrativo mucho más amplia y contextualizada, en tanto se ocuparía no ya solo de los

aspectos puramente “legales” de la actuación administrativa o de la defensa de los administrados frente a las intromisiones ilegítimas de la Administración, sino también de la consideración de los efectos y consecuencias de dicha actuación, de la eficiencia, la calidad y las garantías de los resultados.

Al Derecho administrativo le atañe tanto el respeto de los límites que a la acción administrativa le impone el ordenamiento, como la *buena administración*;<sup>44</sup> es decir, el buen hacer en la gestión de lo público, la elección de la mejor de las opciones con las que se puedan alcanzar los mejores resultados en la satisfacción del interés general. “Se trata entonces –en palabras de BARNÉS– de desarrollar una *teoría de los parámetros o criterios* –a modo de directrices para la Administración”, que permita incentivar la excelencia en el cumplimiento de los encargos que se le encomiendan, la satisfacción de los fines o garantías de resultado, una mejor instrumentación de las funciones de implementación, desarrollo, evaluación o revisión [...]”.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> La *buena administración* es un concepto que, desde lo jurídico, se revela con una triple funcionalidad: como principio aplicable a la actividad administrativa, como deber de los poderes públicos de “crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social” y como derecho fundamental de la persona, consagrado inicialmente en la Unión Europea en el art. 41 de la *Carta de Derechos Fundamentales* de Niza; posteriormente a nivel iberoamericano, en la *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública* –adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en Panamá el 18 y 19 de octubre de 2013– y que se traduce en una serie de derechos concretos del ciudadano y los grupos sociales tendentes a garantizar su desarrollo y dignidad.

Este deber-derecho a la buena administración incluye, en términos de la Carta Iberoamericana, el atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable; la igualdad de trato; la creación de condiciones materiales para el ejercicio real y efectivo de las libertades; la motivación de las decisiones; el cumplimiento de los objetivos previstos; la optimización de los recursos; universalidad, asequibilidad y la calidad de los servicios; participación ciudadana en la gestión pública entre otros. “En definitiva –como afirma MATILLA–, la cuestión jurídica de la buena administración no involucra sino preocupación por la calidad en la organización y en el funcionamiento administrativos. Pretendiendo ser motor de impulso y medida también de la búsqueda de esos estándares de calidad en la actuación, de los procederes de la Administración Pública, para el cumplimiento pleno y cabal de los fines administrativos”. *Vid.* MATILLA CORREA, Andry, “Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad”, en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias actuales del Derecho administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra*, UNIJURIS, La Habana, 2017, p. 37.

<sup>45</sup> BARNÉS, Javier, *Transformaciones...*, ob. cit., p. 60.

# El reglamento como fuente del Derecho administrativo

---

BENJAMÍN MARCHECO ACUÑA\*

## Origen y justificación de la potestad reglamentaria de la Administración

De la potestad reglamentaria, es decir, del poder normativo otorgado por la ley para producir reglamentos, se ha dicho que constituye –la más intensa y grave– de las atribuidas a la Administración Pública,<sup>1</sup> dada su capacidad conformadora del ordenamiento jurídico. Su amplia y extendida utilización ha desbordado con creces la capacidad reguladora de la ley, haciendo del reglamento la fuente cuantitativamente más importante (y también más compleja, dada su variedad) del Derecho administrativo. En los Estados contemporáneos, el número de reglamentos en relación con las leyes es abrumadoramente muy superior, ocupando prácticamente más del noventa por ciento del ordenamiento jurídico. Este fenómeno lo describe gráficamente SANTAMARÍA PASTOR,<sup>2</sup> comparando los sistemas normativos, con un “vasto océano de reglamento en los que en el que sobresalen, como islotes, un puñado de leyes”.

La justificación jurídico-política de la potestad reglamentaria –que la ha llevado a ocupar el lugar que hoy tiene en todos los ordenamientos jurídicos– no ha sido, sin embargo, una cuestión pacífica. Su consolidación, aunque ha seguido caminos distintos en los diferentes países y sistemas, como resultado de las específicas circunstancias históricas de cada uno es, en términos generales, el producto de las pugnas por la concentración de la producción normativa que se han producido entre los titulares de los poderes ejecutivo y legislativo. En esta evolución cabe distinguir dos modelos clásicos: el francés y el alemán.

En Francia, el reconocimiento y evolución de la potestad reglamentaria parte, curiosamente, de su negación absoluta, por entenderse contraria a la

\* Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana, 2014). Profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad de Guayaquil. Ex Profesor adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 15ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2011, p. 191.

<sup>2</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho administrativo general*, t. I, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 328.

concepción que del principio de separación asumieron los revolucionarios liberales de 1789, que imponía el monopolio de la producción normativa en manos del legislativo, dejando en manos de la Administración únicamente la actividad de ejecución de la ley, a través de las “*proclamations*”. Así lo declaraba el Decreto de la Asamblea Nacional de 1 de octubre - 3 de noviembre de 1789. Posteriormente, el art. 144 de la Constitución de 1795, le otorga nuevamente al Ejecutivo la facultad de las “*proclamations*”, que había sido suprimida en la Constitución jacobina de 1793. Fue, sin embargo, la Constitución napoleónica de 22 Frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799), la que en su art. 44 atribuyó expresamente una potestad reglamentaria al gobierno para asegurar la ejecución de la Ley.<sup>3</sup>

El reconocimiento de un poder reglamentario independiente, no vinculado a la ejecución de la ley, pero con carácter específico, vendría del Consejo de Estado, en los arrêts *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer* (19 de febrero 1904), BABIN (4 mayo de 1906), HERYRIES (28 de junio de 1918), para regular la organización interna de los servicios públicos, o para emitir por el Presidente medidas de policía de carácter general en ausencia de la autoridad legislativa, LABONNE (8 agosto de 1919).

El dato más importante en la formación histórica de la potestad reglamentaria de raigambre francesa no es tanto, según explica SANTAMARÍA PASTOR,<sup>4</sup> el reconocimiento de la potestad reglamentaria que tiene lugar en los países latinos, como el espectacular crecimiento que dicha potestad conoció durante todo el siglo XIX: un crecimiento que tiene lugar de forma absolutamente sigilosa, sin que los sucesivos textos constitucionales se hagan eco del mismo; y, sobre todo, un crecimiento no solo cuantitativo, sino expresado en la aparición de nuevas formas reglamentarias no limitadas a la ejecución de las leyes:

- Primero (señala) aparecieron los reglamentos de prerrogativa regia (en materia colonial, títulos nobiliarios y organización militar);
- después, la implantación, por vía de hecho, de una potestad originaria de desarrollo de las leyes como poder propio del Gobierno, no condicionado a una autorización expresa, caso por caso, de estas;
- más tarde, la aparición paulatina de una potestad reglamentaria autónoma, no vinculada al desarrollo de ninguna ley previa, ejercitable sin autorización legal sobre todas aquellas materias que la ley, *de facto*, no hubiera entrado a regular;
- y, por fin, la utilización de un conjunto de técnicas dirigidas a atribuir a las normas del Gobierno una función o fuerza equivalente a la de las leyes,

<sup>3</sup> Art. 44. “*Le gouvernement propose les lois, et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution*”.

<sup>4</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., p. 326.

como las leyes de habilitación o deslegalización, de delegación legislativa en sentido estricto, las ordenanzas de necesidad, y la de los decretos-leyes (p. 326).

El modelo germánico de formación de la potestad reglamentaria siguió su desarrollo en forma inversa a la experiencia francesa. El régimen de monarquía constitucional “limitada”, instaurado tras la derrota de Napoleón (1815-1919), sustentada en un modelo de legitimidad dual del monarca (ejecutivo) y del Parlamento (legislativo), se basaba en una delimitación material de la ley y de la potestad normativa del monarca. A la ley formal se reserva la regulación de los asuntos que afectan a la libertad y la propiedad los ámbitos claves y más sensibles para la burguesía que el Parlamento representa). Es esta entonces la única limitación que sufre el poder normativo del Príncipe, quedando bajo su dominio todo el resto de las materias, que se regularían mediante reglamento.

Este reparto competencial comienza a subvertirse a finales del siglo XIX, gracias a las construcciones teóricas de Paul LABAND y Georg JELLINEK, que reinterpretan las categorías *propiedad* y *libertad*, “de forma expansiva para aceptar que afectaba a la libertad (y era, por consiguiente, materia reservada a la ley) la entera disciplina de las relaciones interpersonales de los individuos, ahí incluidas (relaciones generales de ‘sujeción’) las relaciones con la persona del Estado, lo que comportaba una comprensión de la ley como toda ‘regla jurídica’ (*Rechtssatz*) y, en su soporte, una percepción de ‘lo jurídico’ como referencia al ámbito de las relaciones entre sujetos”.<sup>5</sup>

Así, los denominados reglamentos jurídicos (los que contenían regulaciones con eficacia frente a los individuos), en cuanto leyes en sentido material, solo podrían ser dictados con expresa autorización de la ley formal parlamentaria. Mientras que aquellos que no afectasen en modo alguno la esfera jurídica de los particulares, por referirse a aspectos organizativos internos de la Administración (reglamentos administrativos), pertenecían a la potestad reglamentaria del monarca.

La aplicación práctica de estas concepciones acercó el ejercicio de la potestad reglamentaria al modelo liberal francés, de primacía de la ley parlamentaria sobre los ahora limitados poderes normativos del Ejecutivo, en tanto estos últimos, en cuanto estuvieran dirigidos a desarrollar la Ley por autorización del Parlamento, no podían contravenir sus disposiciones.

“La autoridad indiscutida que LABAND y JELLINEK han tenido en el Derecho público alemán es la circunstancia que permite explicar la asunción pacífica de esta construcción teórica y, más aún, su plena implantación en el

<sup>5</sup> GARRORENA MORALES, Ángel, “Ley”, en Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 301.

terreno de los hechos, tanto bajo la vigencia de la Constitución imperial de 1871 cuanto bajo la de Weimar de 1919, y, por supuesto, bajo la Ley Fundamental de Bonn (art. 80.1). Con ello, la evolución del sistema alemán llevó a unas conclusiones prácticas mucho más fieles al modelo liberal de las que nunca llevaron a la realidad los países latinos”.<sup>6</sup>

Pero, apartada ya de aquellas circunstancias históricas que le dieron origen, es lo cierto que la potestad normativa de la Administración se justifica hoy desde dos perspectivas: desde su *legitimidad* y desde su *necesidad*. La primera se refiere a la indudable legitimidad democrática que tiene la Administración Pública, que hace de la potestad reglamentaria una actividad pública ordinaria compatible con los fundamentos del Estado democrático.

Desde otro punto de vista, el inmenso volumen de actividades que tiene que llevar a cabo la Administración en función de la satisfacción de los intereses colectivos: planificación, organización, prestación, vigilancia, etc., y la comprobada imposibilidad de que la actividad legislativa pueda agotar toda la ordenación normativa requerida para esos fines –sobre todo en tiempos de una vertiginosa evolución del conocimiento científico y de las nuevas tecnologías– hacen del poder reglamentario un instrumento absolutamente necesario para garantizar “que las disposiciones que las leyes contienen, más genéricas y abstractas, puedan ser aplicadas en la práctica. Son, para la ley, imprescindibles e insustituibles porque esa misma función de pormenorización, preparación de la aplicación y desarrollo, no la podría llevar a cabo el legislador, unas veces por razones técnicas y otras de medios, pero siempre, además, porque en tal caso cada ley requeriría una elaboración tan detallada de su contenido que la productividad parlamentaria anual descendería, abandonándose la atención a otros objetivos relevantes”.<sup>7</sup>

Como antes hemos dicho, más allá de las diferencias estructurales de cada sistema jurídico en el mundo, la producción normativa reglamentaria es una realidad indudable, que se ha desbordado tanto en cantidad, variedad y complejidad, que lo ha llevado a ocupar un lugar preponderante dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico-administrativo.

“Frente a la solemnidad, lentitud, intermitencia del funcionamiento de los Parlamentos se contraponen la habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria”.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., pp. 327 y 328.

<sup>7</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. VII, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 15.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 193.

A ello se añade la inconveniencia de la regulación por vía de la Ley de asuntos con una complejidad técnica, cuyo conocimiento no le es propio a un órgano de naturaleza política como el Parlamento, que podrá establecer las líneas generales de la regulación, pero tendrá que dejar el desarrollo posterior de los aspectos técnicamente complejos a la Administración, por vía reglamentaria.

“Guste o desagrade —señala GARCÍA DE ENTERRÍA—, sean o no grandes los riesgos de una normación secundaria de este carácter, la potestad reglamentaria de la Administración es hoy absolutamente imprescindible. Como en tantas instituciones del Derecho Administrativo, aunque esta sea quizá la de relieve más entero, se trata de reconocer la necesidad de ese poder, si bien de hacer de él un poder jurídico y no una superioridad incondicionada y tiránica, esto es, un poder que se ordene exclusivamente a la función positiva que lo justifica, que se inserte en el sistema general del ordenamiento, con sus otras fuentes alternativas y sus razones propias, y que, por tanto, respete los derechos y las situaciones jurídicas de los demás sujetos, eliminando en lo posible los graves riesgos que la acechan”.<sup>9</sup>

## II. La justificación formal de la potestad reglamentaria

En el régimen constitucional previo, la Constitución de 1976 reconocía al Gobierno de la República (Consejo de Ministros) la titularidad de la potestad reglamentaria “en el marco *de la ejecución* de las leyes, los decretos-leyes y las disposiciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular” (art. 98, incisos j y k), con lo cual dejaba sentado que no había lugar —según la letra de la Constitución— para la potestad reglamentaria independiente. Similar previsión se recogía respecto de los miembros del Consejo de Ministros (art. 100 b); sin embargo, el inciso a) del propio artículo les confería entre sus atribuciones “dirigir los asuntos y tareas del ministerio u organismo a su cargo, dictando las resoluciones y disposiciones necesarias a ese fin”. Se trataba de una fórmula un tanto confusa, pues no dejaba claro si se refería a una potestad reglamentaria de tipo organizativo, al interior del “ministerio u organismo a su cargo”; o si, por el contrario, resultaba en una habilitación de una potestad autónoma para regular *ad extra* el espacio material asignado a dicho organismo.

Me inclino a pensar que al menos el sentido original del precepto se refería al primer supuesto; es decir, al reconocimiento de la autonomía reglamentaria organizativa. En primer lugar, porque no parece muy lógico suponer que a unos entes de jerarquía inferior, como son los ministerios, se le reconozcan facultades normativas mucho más amplias que las concedidas al máximo órgano ejecutivo y administrativo del Estado, cuya potestad reglamentaria quedaba, en principio, circunscrita a la *ejecución* de la ley.

<sup>9</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., pp. 193 y 194.

En segundo lugar, porque si se tratara de la atribución de poderes autónomos independientes, que pudieran ser utilizados sin requerir habilitaciones legales específicas, no tendría entonces mucho sentido el referido inciso b), puesto que los reglamentos necesarios para la ejecución de la ley a que él se refiere quedaban cubiertos con la potestad reglamentaria independiente; y en tercer lugar, porque el reconocimiento a los órganos administrativos, de poderes regulatorios independientes, no resultaba muy conteste con la filosofía rousseauiana inspiradora de la Constitución de 1976, sustentada en el papel central del Parlamento como representante de la voluntad general y, en consecuencia, en su vocación de regulación monopólica de todos los aspectos de la vida social.

En el plano doctrinal, GARCINI justificaba la existencia de los reglamentos *independientes*, con el argumento de que constituyen “una manifestación de voluntad primaria de la Administración en ejercicio de atribuciones propias”;<sup>10</sup> a ello habría que objetarle que en rigor, la Administración no tiene ningún poder de voluntad propio y originario, anterior al ordenamiento jurídico. Las potestades de la Administración Pública solo existen en la medida y con el alcance que el ordenamiento positivo las concibe. En sentido contrario, Fernando CAÑIZARES se refiere al acto reglamentario como “condición de ejecución”, cuyo dictado “no significa llenar un vacío legal, ni tampoco que el gobierno y la administración estatal participen en la labor legislativa del Estado [...] mucho menos que la administración obre en ejercicio alguno de facultad implícita en la Constitución”.<sup>11</sup>

Pero a despecho de la letra constitucional, la realidad ha sido bastante diferente. La producción de reglamentos independientes fue una actividad llevada a cabo *motu proprio* por el Consejo de Ministros desde el inicio, y el Decreto-Ley No. 67 de 1983, “De Organización de la Administración Central del Estado”, se encargó de atribuir expresamente a los jefes de dichos organismos una auténtica potestad normativa independiente para “dictar, en el marco de sus facultades y competencia, reglamentos: resoluciones y otras disposiciones de obligatorio cumplimiento para los demás organismos y sus dependencias, el sector cooperativo, el privado y la población” (art. 53 q); la cual sobreviviría incluso a la derogación de dicho Decreto-Ley No. 67, esta vez con fundamento en la interpretación del mencionado art. 100 a) constitucional.

Hay que decir que los reglamentos independientes siempre habían existido dentro la tradición republicana. Las dos principales constituciones de la etapa

<sup>10</sup> GARCINI GUERRA, H., *Derecho administrativo*, 2ª ed., Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 65.

<sup>11</sup> CAÑIZARES, F., “Acerca de la facultad reglamentaria de la Administración estatal”, en *Temas de Derecho administrativo cubano*, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 229.

*prerrevolucionaria*, la de 1901<sup>12</sup> y la de 1940,<sup>13</sup> con una misma fórmula, de similar redacción, facultaban al Presidente de la República para, cuando no lo hubiere hecho el Congreso, dictar los decretos y órdenes para ejecutar las leyes y “para cuanto incumba al gobierno y Administración del Estado fuere conveniente [...]”. La alteración introducida por la Constitución de 1976 se produjo entonces únicamente en el plano formal, mas no en el terreno de los hechos, provocándose así una evidente discordancia de los principios jurídicos de la relación Parlamento-Administración que ella intentó consagrar.

La recién promulgada Constitución de 2019 no resuelve el problema de imprecisión en el tratamiento de la potestad reglamentaria, con lo cual mantiene la situación discordante del régimen anterior

### **III. El concepto de reglamento y su distinción con otras disposiciones provenientes de la Administración**

#### **III.1. Concepto**

A pesar de ser el reglamento la fuente más específica y cuantitativamente más relevante del Derecho administrativo, su conceptualización y sus perfiles característicos han sido abordados de manera divergente y nada pacífica por la doctrina. El concepto más simple ofrecido por algunos autores de España y Alemania lo definen como “norma escrita dictada por la Administración”, entendida esta en su sentido subjetivo (los órganos integrados en el Poder Ejecutivo).<sup>14</sup> Algunos le añaden el dato de su “rango inferior a la ley”; para distinguirlos de otras normas provenientes del Ejecutivo y a las que en esos sistemas de los reconoce rango de ley.

<sup>12</sup> Art. 68: “Corresponde al Presidente de la República: 1) Sancionar y promulgar las leyes, ejecutarlas y hacerlas ejecutar; dictar, cuando no lo hubiere hecho el Congreso, los reglamentos para la mejor ejecución de las leyes, y expedir, además, los decretos y las órdenes que, para este fin y para cuanto incumba al gobierno y administración del Estado creyese convenientes, sin contravenir en ningún caso lo establecido en dichas leyes”.

<sup>13</sup> Art. 142: “Corresponde al Presidente de la República, asistido del Consejo de Ministros: a) Sancionar y promulgar las leyes, ejecutarlas y hacerlas ejecutar; dictar, cuando no lo hubiere hecho el Congreso, los reglamentos para la mejor ejecución de las mismas, y expedir los Decretos y las Ordenes que para este fin y para cuanto incumba al gobierno y Administración del Estado fuere conveniente, sin contravenir en ningún caso lo establecido en las leyes”.

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 189; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo I*, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2013, p. 61; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, t. VII, cit., p. 11; PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho administrativo*, tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 122; MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, traducción de la 16ª ed., coordinado por Gabriel Domenech Pascual, UNAM, México, 2012, p. 70.

Para algunos de los defensores de esta definición, como PAREJO ALFONSO, las normas reglamentarias internas de los otros órganos estatales distintos de la Administración Pública, como las cámaras legislativas, son solo reglamentos en su aspecto formal, pero equiparables en fuerza y jerarquía a la ley; mientras que los de la organización judicial o los de asociaciones privadas de relevancia pública, no serían reglamentos en sentido estricto, sino normas que son producto de una potestad reglamentaria atípica por atribuida a los referidos órganos, a los exclusivos efectos de salvaguardar su posición y función constitucionales propias y que ni siquiera sustantivamente son equiparables a los verdaderos reglamentos, coincidiendo con estos solo en el régimen de su control judicial, en virtud de la aplicación extensiva –por razones de índole práctica– de la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>15</sup>

El argentino Agustín GORDILLO<sup>16</sup> con mayor precisión señala que el reglamento proviene del “ejercicio de la función administrativa”, con lo cual identifica no solo a los que emanan de la Administración como sujeto, sino a los provenientes de otros órganos que materialmente ejercen dicha función y cuyo contenido se refiere a la organización y funcionamiento interno de estos. No obstante, no define a los reglamentos como *normas*, sino como “declaraciones unilaterales de voluntad y productoras de efectos jurídicos generales”, incluyendo así en esta categoría, también a los que calificamos como *actos administrativos generales*, que no pertenecen, en nuestra opinión, a esta categoría.

Tomando elementos de ambas posiciones y desde el punto de vista estrictamente teórico, podríamos definir el reglamento como *toda norma jurídica escrita emanada del ejercicio de la función administrativa*. Como *norma*, el reglamento se distingue de otras actuaciones de la Administración que no tienen propiamente naturaleza normativa: (actos, órdenes, opiniones, declaraciones), el carácter jurídico distingue a las reglamentarias de otro tipo de normas (morales, sociales o técnicas); el dato de la *escritura* las diferencia de otras actuaciones materiales o vías de hecho de la Administración, y la condición de que son el resultado del *ejercicio de la función administrativa* distingue al reglamento de otras fuentes como la ley, los tratados, las sentencias o las normas privadas).

En todo caso, cualquier definición del reglamento requiere su delimitación respecto de otras figuras jurídicas afines, también escritas e igualmente provenientes de la propia Administración: los *actos administrativos* y las *disposiciones internas*.

<sup>15</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones...*, ob. cit., pp. 130 y 131.

<sup>16</sup> GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, t. I, 11ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, pp. VII-17.

### III.2. Distinción con los actos administrativos

Aun cuando reglamento y acto administrativo sean actuaciones formales provenientes de la Administración y generalmente con idéntica denominación, son categorías jurídicas sustancialmente diferentes e irreductibles. La distinción de uno y otro es un asunto relevante, en lo teórico y en lo práctico, pues a pesar de sus elementos comunes, le son aplicables regímenes jurídicos sustancialmente diferentes, a saber:

- a) En relación con la adquisición de *eficacia*: los reglamentos para ser eficaces requieren de su publicación en los medios oficiales previstos para ello por la legislación, mientras que al acto administrativo adquiere eficacia con la notificación o comunicación a sus destinatarios.
- b) En relación con la *estabilidad*: los reglamentos pueden ser derogados sin más restricción que la dispuesta en los procedimientos para la elaboración normativa, mientras que los actos administrativos, en tanto reconozcan derechos subjetivos, requerirán para su retirada de procedimientos especiales que incluyen la intervención judicial.
- c) En relación con la *anulación*: respecto de los actos administrativos rige el principio de conservación, por lo que la regla general en caso de vicios es la *anulabilidad*, en tanto que en los reglamentos es la *nulidad absoluta*.
- d) En relación con la *impugnabilidad*: los actos administrativos son recurribles en vía administrativa, no así los reglamentos.

Pero, ¿cuáles serían los criterios técnicos de distinción entre reglamento y acto administrativo?

La posición teórica más extendida en la actualidad determina como rasgo distintivo la *generalidad o abstracción objetiva* de la norma reglamentaria (el supuesto de hecho o el mandato general que ella contiene), que permite su concreción mediante actos de aplicación sucesivos y repetibles. “La definición abstracta del objeto de la norma constituye pues, una regulación preventiva e hipotética, cuya realización concreta puede producirse en un número indefinido de ocasiones (repetibilidad de la aplicación)”;<sup>17</sup> en contraposición con el carácter *concreto* de los actos administrativos, cuya eficacia se agota con su cumplimiento.

Como podrá observarse, la distinción entre actos y reglamentos prescinde del dato del número de los sujetos destinatarios como criterio diferenciador. El díptico *reglamento-generalidad* y *acto-singularidad* se refiere exclusivamente al carácter objetivo de la disposición y no al ámbito subjetivo. Así, en relación con el número de sujetos, existen actos *singulares* (dirigidos a unos sujetos

<sup>17</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., p. 333.

específicamente determinados) y actos *generales* (los dirigidos a una pluralidad de sujetos indeterminados o a la generalidad de los ciudadanos: ej.: convocatorias, declaraciones de días festivos, limitaciones o prohibiciones generales).

Respecto a los reglamentos, su característica fundamental sí es la *generalidad*, tanto *subjetiva* como *objetiva*. La excepción de esta característica de generalidad subjetiva estaría en el ámbito organizativo interno de la propia Administración (reglamentos para órganos o estructuras administrativas específicas).

Este criterio distintivo de la *generalidad objetiva* del reglamento se corresponde con la denominada tesis “ordinamentalista”, atribuida a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ.<sup>18</sup> Según estos autores, el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico: innova el ordenamiento (deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), en tanto que el acto es algo “ordenado”, producido en el seno del ordenamiento y por este previsto como simple aplicación del mismo a un supuesto dado.

“El acto administrativo –apuntan–, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general). En cambio, la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos; sigue ‘ordenando’ la vida social desde su superioridad”.<sup>19</sup>

### **III.3. Distinción con otras disposiciones internas de la Administración**

Es la formulación del concepto de reglamento, es necesario realizar la distinción con otras disposiciones de diversa tipología, emanadas de autoridades administrativas, pero con la característica común de estar encaminadas a la dirección, por parte de sus superiores, de la actividad de los órganos o funcionarios subordinados, y circunscritas, por esta razón, a la esfera organizativa interna de las entidades administrativas. Se trata de instrumentos jurídicos necesarios para la ordenación y funcionamiento de las unidades administrativas y de los trabajadores con dependencia jerárquica, que suelen contener auténticas disposiciones normativas con plena eficacia vinculante en el marco interno de la Administración: imponen conductas, habilitan

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R., FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., pp. 196 y 197.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 198.

potestades y su inobservancia puede acarrear consecuencias jurídicas de orden disciplinario.

La denominación en los distintos ordenamientos jurídicos es heterogénea (*instrucciones, oficios, órdenes de servicio, circulares, comunicaciones*). En Cuba suele utilizarse las instrucciones, las circulares (o cartas-circulares) y las órdenes (estas últimas en el ámbito de las organizaciones militares), aunque no tienen un régimen jurídico definido.

Estas disposiciones internas cumplen tres funciones principales:

- a) *Informativa*: consistente en la transmisión a los funcionarios inferiores de hechos o datos relevantes para el desempeño de sus actividades, líneas de respuesta o criterios institucionales sobre determinados asuntos de interés.
- b) *Directiva*: establece para los órganos subordinados objetivos, metas o resultados a alcanzar, aunque no predeterminan los medios para su consecución.
- c) *Preceptiva-normativa*: impone a los subordinados conductas concretas, formas de actuación en determinados procedimientos, o establece criterios de interpretación de normas legales o reglamentarias para lograr una aplicación uniforme o más coherente.

Esta última función, señala MUÑOZ MACHADO:

“es de enorme relevancia porque suele tener gran proyección en la reducción de la discrecionalidad ya que, mediante estas declaraciones interpretativas, aunque no tengan ningún valor normativo añadido al de la misma norma que se interpreta, la Administración se autovincula y permite que los ciudadanos tengan una mejor orientación sobre las opciones que seguirá al adoptar decisiones, cuando el ordenamiento le deja libertad de elección entre varias posibles”.<sup>20</sup>

Las notas distintivas entre el reglamento y estas disposiciones internas de la Administración se ubican en:

- a) El *fundamento de su origen*: las disposiciones internas no son una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria, sino que tienen su origen en el principio de *jerarquía*, que otorga a los órganos superiores el poder de dirección y corrección de la actividad de sus subordinados. El dictado de este tipo de disposiciones constituye, por tanto, una potestad intrínseca a la jerarquía organizativa.

<sup>20</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, t. VII, ob. cit., p. 22.

- b) La *condición e validez*: como antes se ha apuntado, el reglamento requiere de su publicación oficial como condición para su plena eficacia, en tanto de las instrucciones internas solo se exige su comunicación a los destinatarios por cualquiera de los medios dispuestos por la organización.
- c) En cuanto a la *eficacia normativa*: como se ha apuntado, las normas internas despliegan su eficacia dentro de la organización administrativa, por tanto, no pueden oponerse frente a terceros, ni dictarse, sobre la base de ellas, actos administrativos que impongan obligaciones o restrinjan los derechos de los particulares; lo que sí es posible en el caso del reglamento.
- d) Como *parámetro de control de los actos administrativos*: las disposiciones internas vinculan únicamente a la Administración Pública que las emite, en consecuencia, no son, *per se*, parámetros para el control de la legalidad de los actos administrativos que se dicten infringiendo su contenido; en tanto que la contravención del reglamento sí constituye causa de nulidad del acto administrativo.

#### **IV. La relación del reglamento y el acto administrativo: el principio de la inderogabilidad singular**

Al integrarse en el ordenamiento jurídico, el reglamento deviene disposición normativa vinculante para los ciudadanos, para todos los órganos del poder público y entre ellos, claro está, para la propia Administración de los dicta. En este sentido, el reglamento es un parámetro de control de la validez de los actos administrativos, los que, en consecuencia, deberán atenerse a los preceptos de aquellos, so pena de nulidad. Este principio de vinculación es conocido como el de *inderogabilidad singular del reglamento*.

En virtud de este principio, le está vedado a la Administración autora de un reglamento dictar un acto contrario a su contenido; y opera con independencia de la posición jerárquica que en la organización administrativa ocupen los autores de uno y otro. Así, una autoridad administrativa no puede dispensar o excluir un caso concreto de la aplicación del reglamento, aunque este haya provenido del mismo órgano o de otro situado incluso en una posición jerárquicamente inferior, menos de una autoridad superior. Ello con exclusión de los casos en que el propio reglamento prevea la posibilidad de excepción y, en tal caso, deberá ajustarse a las reglas y límites del ejercicio de la potestad discrecional.

El fundamento de este principio algunos autores como CASSAGNE<sup>21</sup> lo ubican en el principio de igualdad de los administrados, a lo que otros, como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, oponen el argumento de que, efectivamente, el

<sup>21</sup> CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, 7ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, 2002, p. 139.

principio de igualdad no exige siempre un trato igual, sino que incluso exige el trato diferente ante circunstancias objetivas distintas; y además, al ser la inderogabilidad singular un principio de carácter formal, no se entra a considerar si el trato desigual está o no materialmente justificado.

Con esas premisas, entienden que la inderogabilidad singular del reglamento es consecuencia del principio de legalidad de la Administración:

“al estar sometida a sus Reglamentos y éstos no prever “por hipótesis” la posibilidad de su dispensa, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción del Reglamento mismo. Es cierto que la Administración –apuntan– tiene también atribuido el poder derogatorio del Reglamento (que forma parte de la potestad reglamentaria), pero el mismo no puede interpretarse, sin ofensa definitiva e insalvable al principio de legalidad, en el sentido de poder desconocer u olvidarse del Reglamento en los casos concretos”.<sup>22</sup>

## **V. Las relaciones del reglamento con la ley**

### **V.1. La posición de superioridad jerárquica de la ley respecto del reglamento**

Como antes hemos señalado, en la conceptualización del reglamento algunos autores incluyen, como dato esencial, su posición de subordinación a la ley. Para los ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos la ley constituye, después de la Constitución, la fuente primaria de todo el sistema normativo, correspondiendo al reglamento una posición secundaria, jerárquicamente subordinado a aquella. El dato de la primacía de la ley parte de su propio origen; de la legitimidad conferida al Parlamento como órgano que encarna la representación de la soberanía nacional. La ley ocupa así, dentro de la estructura piramidal del sistema jurídico, el escalón inmediato inferior a la Constitución; situándose el reglamento en la escala inferior.

La ley –dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ– arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el reglamento no se expresa por ello una hipotética “voluntad general”. La Ley es la norma originaria por excelencia: dispone

<sup>22</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 220.

desde sí misma, rompe el Derecho o las relaciones existentes. Nada de esto es propio de las determinaciones reglamentarias.<sup>23</sup>

Consecuencia de esta posición de superioridad jerárquica es el impedimento a la norma reglamentaria de oponerse, modificar, desplazar, derogar o contravenir los contenidos de la ley (salvo que ella misma lo habilite), so pena de nulidad.

## V.2. La primacía material: la cuestión de la reserva de ley y la congelación de rango

Un rasgo esencial de la ley, que refleja su primacía sobre el reglamento, es su *universalidad material*. A la ley no le es ajeno ningún campo de las relaciones sociales. Su ámbito objetivo es, por tanto, ilimitado (salvando las restricciones constitucionales); mientras que el del reglamento es esencialmente limitado: actúa en aquellas zonas que la propia ley le permite o que no son cubiertas por ella, pero no puede suplirla allí donde el ordenamiento constitucional exige la intervención del legislador. Tiene la ley, además, plena disponibilidad sobre el ámbito del reglamento, en el sentido de que puede ampliar su contenido, restringirlo o incluso sustraer determinada materia de su campo de acción.

Existen determinados contenidos constitucionales o materias cuyo desarrollo ha sido encomendado, en exclusiva, por la propia Constitución al legislador. Existe en estos casos un veto a la ordenación *ex novo* del poder reglamentario, limitándose en consecuencia su intervención a una habilitación expresa de la ley sobre contenidos específicos. Es el conocido principio de *reserva de ley*.

El resto de las zonas no reservadas a la ley pueden ser intervenidas por el reglamento; pero ello no significa un impedimento de regulación legal (pues no tienen los reglamentos constitucionalmente materias reservadas),<sup>24</sup> sino simplemente una libertad del legislador para disciplinar o no la materia. En la medida que lo haga, quedará sustraído el contenido regulado a la potestad reglamentaria, y en lo sucesivo, solo por ley podrá ser alterado, produciéndose así lo que se conoce como *congelación de rango*. Son estos dos principios, el de reserva de ley y el de congelación del rango, los que articulan la relación material entre ley y reglamento.

<sup>23</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 190.

<sup>24</sup> Existen, sin embargo, singularidades como el caso de Francia, en el que, por el contrario, existe una delimitación material del ámbito de la ley (art. 34 de la Constitución; cubriendo esta, eso sí, las materias cualitativamente más trascendentes), dejando a la potestad reglamentaria el resto de las materias.

## A) La reserva de ley

La reserva de ley (terminología atribuida a Otto MAYER) es un concepto originalmente introducido por la doctrina alemana del siglo XIX, para justificar la imposibilidad constitucional de que los órganos del Ejecutivo, a través de las normas reglamentarias, pudieran regular las materias que incidieran negativamente en la esfera jurídica de los particulares sin una previa habilitación parlamentaria. Sobre este tipo de materias existía una “reserva” a la ley (*Gesetzesvorbehalt*).

Como ya habíamos apuntado previamente, las Constituciones alemanas posteriores a la derrota de Napoleón, establecieron una delimitación material de las competencias normativas del Parlamento y el Príncipe, restringiendo el ámbito de la ley a las dos materias “sagradas” para la burguesía: la libertad y la propiedad, quedando el resto bajo el poder reglamentario del Ejecutivo.

Sin embargo —y gracias fundamentalmente a los aportes teóricos de LABAND y JELLINEK (sustentados en la filosofía liberal de LOCKE y la teoría democrática de ROUSSEAU)—, estas categorías experimentan una reinterpretación conceptual, alcanzando nuevas dimensiones: el concepto de *propiedad*, inicialmente enmarcado en los derechos reales, termina por comprender a todos los derechos de naturaleza patrimonial y la *libertad*, entendida como garantía de la inviolabilidad personal, acaba configurándose como *autonomía de la voluntad*, esto es: la posibilidad de poder hacer todo lo que la ley no prohíbe y, en contrario, no ser obligado a hacer lo que ella no ordene. De tal suerte, se configura una *reserva* legislativa para todas las regulaciones que afecten a los derechos de los particulares.

En el constitucionalismo contemporáneo se ha potenciado este significado. Hoy la reserva no tiene por finalidad definir materialmente a la ley ni, por consiguiente, fijar todo su dominio (función que cumpliría hoy solo en el contexto de un modelo dualista como el francés), sino que tiene la función de atribuir a la voluntad legislativa con carácter exclusivo la disciplina de ciertas materias de relevancia, frenando así la capacidad normativa del Ejecutivo y la emisión del reglamento *praeter legem* en esos espacios.

Se instituye como garantía de la posición del Parlamento frente a la cada vez más desbordada potestad reglamentaria de la Administración y fundamentalmente, por otra parte, deviene límite para el propio legislador, impidiéndole que, en esos específicos segmentos de todo el ámbito ocupable por la ley, en consideración a razones de conveniencia política, abandone su deber de regulación, desplazando hacia el reglamento, mediante habilitaciones ilimitadas, la conformación de tales materias.

En resumen, la justificación de la reserva de ley sigue estando, por una parte, en la necesidad de preservar a la representación de voluntad general –y no a un poder derivado como el de la Administración– cualquier limitación a los derechos de libertad de los ciudadanos, pero, por otra parte, en la exigencia de que las leyes adopten las decisiones esenciales en todas las materias en que intervienen los poderes públicos, aunque no se trate de regular o limitar derechos y además, que lo hagan incorporando un contenido normativo suficiente para predeterminar las decisiones de carácter aplicativo y concreto que adoptan los tribunales y la Administración Pública.<sup>25</sup>

Es así que la reserva de ley puede y debe extenderse también a los ámbitos más importantes de la actividad prestacional de la Administración. Algunos de los derechos fundamentales –como bien destaca Hartmut MURER– no sólo constituyen derechos de carácter defensivo, sino que también contienen un componente prestacional que obliga al Estado y confieren derechos prestacionales. Es, por lo tanto, lógico que la reserva de ley existente en materia de derechos fundamentales comprenda también este aspecto prestacional y exija una regulación legal en garantía de las correspondientes prestaciones; esto vale tanto más cuanto que, en consideración a los limitados recursos disponibles, también hay que establecer los límites, el procedimiento de selección y los requisitos para la denegación de la prestación solicitada.<sup>26</sup>

En el Estado social de derecho –afirma– no se trata de garantizar únicamente la libertad *ante* el Estado, sino también la libertad *en* el Estado y *mediante* el Estado. La privación de una prestación pública, en determinadas circunstancias, puede afectar al ciudadano de un modo no menos grave que una injerencia en su libertad y propiedad. Una vuelta a la fórmula de la libertad y la propiedad desconocería los problemas actuales y el auténtico significado del principio de reserva de ley.<sup>27</sup>

La reserva de ley no excluye, desde luego, la posibilidad de remisión al reglamento, siempre que dicha remisión no sea ilimitada o indeterminada, que suponga una regulación autónoma, no dependiente claramente de la ley. Una síntesis de estas condiciones las expone SANTAMARÍA PASTOR:<sup>28</sup>

- a) El legislador debe agotar la regulación de la materia, es decir, la totalidad de los extremos constitutivos de su régimen jurídico sustancial, pudiendo sólo remitir a normas reglamentarias la regulación de los aspectos adjetivos, colaterales o conexos al núcleo de la materia;

<sup>25</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, t. VII, ob. cit., p. 37.

<sup>26</sup> HARTMUT, M., *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 123.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>28</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., pp. 368 y 369.

- b) la intervención de la potestad reglamentaria solo puede hacerse mediante un llamado *expreso* de la ley;
- c) la remisión ha de ser *específica*, esto es, referida caso por caso a aspectos o cuestiones singulares; no caben, pues cláusulas genéricas de remisión, sino apoderamientos concretos;
- d) debe ser *delimitada*, es decir, hecha de modo que precise los límites materiales de la cuestión que se remite al reglamento, de manera que su ámbito de actuación quede inequívocamente circunscrito;
- e) ha de ser *previsible*, que entraña el deber del legislador de incluir en la norma remitente criterios materiales o directrices finalistas de regulación, que condicionen la normativa que habrá de dictarse por vía reglamentaria, de tal manera que las intervenciones que la ley autorice a establecer al reglamento sean previsibles y calculables por el ciudadano.

La reserva de ley requiere una exhaustiva precisión de los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas, particularmente en aquellas materias en las que a los destinatarios se les exige prever el resultado de sus conductas (como las de naturaleza sancionadora). No es que en estos casos de no se pueda acudir a conceptos indeterminados o imprecisos –pues ello es imposible–; pero habrá de ocurrir solo en la medida en que la propia naturaleza de la realidad que describe la norma no admita una determinación más precisa.

La exigencia previsibilidad y exhaustividad de la reserva de ley –y especialmente en las materias objeto de reserva absoluta– significa, además, la delimitación de las potestades que se confieren a la Administración, debiendo configurar con carácter restrictivo las de naturaleza discrecional. La ley ha de tener la suficiente precisión y densidad en la delimitación de las potestades administrativas de intervención, en cuanto a su finalidad, contenido, objeto y alcance, que impida que tanto la previsión reglamentaria como los posteriores actos de aplicación concreta conduzcan a una amplia libertad de decisión de la Administración.

La necesidad de tomar en cuenta determinados factores técnicos en algunos casos que justifiquen atribuciones de valoración discrecional deberá hacerse:

“conforme a los criterios o límites señalados en la propia ley que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración en la apreciación de los factores técnicos se transforme en actuación libre o no sometida al límite”.<sup>29</sup>

Sobre la base de la densidad de la remisión al reglamento, la doctrina distingue entre *reserva relativa* o *transferible*, en la que esta podrá ser más amplia; y

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, No. 233, de 16 de diciembre de 1999.

la *reserva absoluta o exclusiva*, en la cual la intervención del reglamento es nula o muy restringida. La distinción la intenta explicar MUÑOZ MACHADO en función del lenguaje que utiliza la Constitución para determinar la encomienda de la regulación, lo que significa que el papel regulador de la ley no ha de ser idéntico en todos los casos. La relevancia de la distinción radica precisamente en determinar la legitimidad y los límites de colaboración con la ley de la potestad reglamentaria, lo cual dependerá de la concurrencia de varios factores como: el tenor literal del concepto constitucional de la reserva; la incidencia de la regulación sobre los derechos fundamentales, en tanto pueda ampliar o restringir su ejercicio, o si se trata de una actividad interventora o pestacional; o la mayor o menor complejidad de los aspectos técnicos de la ley y de los conocimientos que de ese carácter se necesiten en función de su implementación.

Para SANTAMARÍA PASTOR, la densidad de remisión dependerá de los órganos a quienes se confía la ejecución, vigilancia o cumplimiento de la materia regulada. En ese sentido, cuando se haya confiado a la propia Administración la colaboración reglamentaria, podría ser más amplia y muy restringida o nula cuando la garantía de los preceptos de la ley, por su propia naturaleza, esté confiada a los tribunales.<sup>30</sup>

Dentro de esas materias confiadas a la ejecución, vigilancia o cumplimiento de la Administración, adquieren particular significación las que corresponden a las llamadas *relaciones especiales de poder-sujeción*, que derivan de la circunstancia de formar parte del personal de la Administración, contratar con ella o integrarse en estructuras de servicios a su cargo o dependientes de esta (militares, alumnos, reclusos, funcionarios). En este tipo de relaciones, se expresa el poder de la Administración con mayores grados de intensidad que el que ejerce en relación con el resto de los administrados y es admitida alguna “modulación, tanto de la significación de las reservas de ley y del principio de legalidad, como de la eficacia de los derechos fundamentales que a tales ciudadanos pertenecen [...] en la medida en que resulten *estrictamente indispensables* para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial”.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., pp. 368 y 369.

<sup>31</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, t. VII, ob. cit., p. 92. Esta modulación no significa –como deja claro el propio autor, con cita de la jurisprudencia española– una eliminación de los derechos fundamentales, sino una restricción a los mínimos esenciales. La STS de ese país de 8 de octubre de 2001, respecto del ejercicio de la potestad sancionadora expresa que: “aun en el ámbito de las relaciones de sujeción especial opera el principio de legalidad, en su manifestación de reserva de Ley, si bien en este ámbito se abren mayores espacios a la colaboración del Reglamento; pero siempre sobre la base de una previa definición de los tipos de infracción y de las sanciones en norma de rango de Ley, sin que quepan por tanto remisiones en blanco o habilitaciones genéricas”.

### ***La delimitación de la reserva de ley en la Constitución***

La determinación de las materias que pudieran ser objeto de reserva de ley, si en realidad admitimos el reconocimiento de este principio en el ordenamiento constitucional, presenta cierta complejidad; habida cuenta, por una parte, de la cantidad de remisiones que hace a la regulación por la ley (nada menos que ¡130! en 227 artículos, reflejo de la debilidad normativa de la Constitución); por otra, la imprecisión con que la Constitución utiliza el término “ley” –lo mismo en un sentido puramente formal, que en un sentido genérico, como equivalente a regulación jurídica<sup>32</sup>–; y la variedad de expresiones que utiliza para referirse a ella al encomendarle la regulación de una materia específica. Así, se habla de: ley define –o definidas en la ley– (arts. 2, 66, 67, 72, 73); según las normas fijadas por las leyes –o según fija la ley– (arts. 3, 11 a, c y d, 91 e., 183); en la forma establecida –o según lo establecido– en la ley (arts. 10, 29, 35 a., 36, 50, 52, 56, 61, 68, 84, 90, 98, 108, 112, 113, 116, 119, 159, 175, 195 d., 215); la ley establece (arts. 14, 28, 29, 30, 34 a. y b., 38, 58, 91, 99, 147, 154, 164, 165, 166, 188, 200, 202, 227); de conformidad con la ley (arts. 17, 24, 55, 57, 58, 68, 70, 78, 79, 80, 92, 96, 97, 99, 101 b., 108 n.); la ley regula –o regulada por la ley– (arts. 20, 22, 27, 63, 81, 104, 109, 131, 160, 193, 199, 209, 210, 214, 219, 220, 222, 223); previsto en la ley (arts. 23, 24, 62, 108, 118, 128 d., l., 162, 179 f., 181, 188, 191 n., 204, 205 c., 206, 207, 213); la ley determina –o según determine la ley– (art. 26, 59, 82, 104, 134, 146, 149, 156, 178, 196, 201, 209, 219, 224); la ley señala (art. 34 c. d., 82); la ley prescribe (art. 39); consagrados en las leyes (art. 40); sancionada por la ley (arts. 42, 85); en correspondencia con la ley (art. 62, 71); de acuerdo con la ley ( art. 90 f., 166); por la ley (arts. 167, 168); según lo dispuesto en la ley (arts. 169, 172).

Así, la cuestión estaría en determinar si cuando la Constitución remite a la ley, el desarrollo de cualquiera de sus preceptos está consagrando una reserva de ley formal o, por el contrario, simplemente hace alusión únicamente a la necesidad de regulación de la materia por cualquier autoridad con potestad normativa.

Si explicamos la cuestión desde una perspectiva histórico-práctica, la solución es mucho más sencilla. Basta con constatar que en Cuba, al menos a partir de 1959, no ha existido ni en el plano teórico ni en la práctica jurídica una delimitación material de las potestades normativas más allá de las atribuciones expresas encomendadas a la Asamblea Nacional del Poder Popular

<sup>32</sup> Según el glosario elaborado con motivo del proyecto de Constitución, el término leyes “aunque literalmente hace referencia a las disposiciones normativas que aprueba la Asamblea Nacional del Poder Popular, se concibe en el texto además para referirse a cualquier tipo de norma con independencia del órgano que la emita”.

y al Consejo de Estado en la recién derogada Constitución. Fuera de estos casos, la determinación de la reserva de ley se ha resuelto a través de puros convencionalismos; es decir, en función de la consideración de la naturaleza de la materia a regular. Así, se entiende que pertenecen al ámbito de la ley las materias que tradicionalmente le han pertenecido, por incidir significativamente en la esfera jurídico-privada, imponiendo limitaciones a derechos fundamentales como la libertad o la propiedad (materia penal, civil, tributaria); y aquellas que regulan las estructuras de algunos de los principales órganos constitucionales. Fuera de estos supuestos, no ha existido ningún criterio de limitación material a la potestad reglamentaria, que puede invadir cualquier esfera de la vida social que el legislador, en función de la mera conveniencia u oportunidad, decida no regular.

Ahora bien, si lo que se pretende es lograr una recta ordenación del sistema jurídico, sobre la base del respeto al principio democrático, habrá de comenzarse por el reconocimiento, en las remisiones que hace la Constitución a la "ley", de zonas materiales reservadas exclusivamente a la voluntad normativa del órgano legislativo, como máxima expresión de soberanía. Los criterios de la delimitación de dicha reserva, cuando existiesen dudas del alcance de la remisión constitucional, se harían en función de dos reglas básicas: 1) la existencia de una *reserva general* (explícita o implícita) en todas aquellas materias susceptibles de establecer limitaciones a los derechos individuales y 2) la *presunción de reserva*, esto es, que toda remisión de la Constitución a la ley ha de presumirse que constituye una reserva de ley, salvo que una interpretación en profundidad del precepto permita concluir, total o parcialmente, lo contrario.<sup>33</sup>

## **B) La congelación del rango (reserva formal)**

La congelación del rango no es otra cosa que la vigencia del principio de jerarquía normativa y su consecuente *paralelismo de las formas*. Esto es, que la introducción de nuevas normas en el ordenamiento jurídico requiere que estas tengan al menos el mismo rango normativo que aquellas que sustituye; o en sentido contrario, la derogación o modificación de una disposición jurídica solo puede hacerse por otra de su misma forma.

En este sentido, cuando una materia pasa a regularse por una ley formal, queda extraída del campo de acción del poder reglamentario y, consecuentemente, solo una norma con rango igual o superior a la ley puede intervenir en su regulación.

“De esta manera, en cada momento histórico que se considere, todas las posibles materias están encasilladas en un rango determinado y,

<sup>33</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., p. 366.

concretamente, muchas de ellas en el rango superior, en el nivel de las Leyes. Por efecto de los principios expuestos, todas las materias encasilladas hoy en el nivel de la Ley, cualesquiera que sean su importancia objetiva y su consideración constitucional, sólo podrán ser intervenidas en el futuro por Leyes formales”.<sup>34</sup>

## VI. Clasificación de los reglamentos

Los criterios de clasificación de los reglamentos que resultan más relevantes en el plano teórico y del Derecho positivo son los que parten de la relación de estos con la ley. En particular, la más extendida de todas es la atribuida a Lorenz VON STEIN, quien a mediados del siglo XIX, desarrolló una tipología del reglamento realizando un paralelismo con la de la costumbre; clasificándolos en *secundum lege* o *ejecutivos* (los dictados para desarrollar una ley); *praeter legem* o *autónomos*, o sea, los dictados con independencia de cualquier ley previa o en ausencia de ella; y los *contra legem* o de necesidad, esto es, los producidos en contradicción con la ley ante situaciones de excepción.

### A) El reglamento ejecutivo

Se entiende por reglamento ejecutivo el dictado con la finalidad de desarrollar una o varias leyes, de manera que cumple, respecto de estas, una función instrumental. La existencia del reglamento ejecutivo, en su origen histórico obedecía, como hemos señalado, a la tesis de la universalidad material de la ley. El reglamento es concebido así como una disposición meramente de desarrollo de aquellos aspectos secundarios necesarios para la aplicación de la ley.

En los reglamentos ejecutivos, la habilitación legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria se realiza a través de la remisión contenida en la propia ley. Solo en función de ella se legitima la intervención del reglamento. La remisión sería una operación habilitada por la ley, a través de la cual aquella delega en la Administración una regulación determinada, habilitándola para ello de poderes normativos de los que aquella, sin tal delegación, carecería; no consiste en reconocerle poder normativo de naturaleza reglamentaria, ya que este lo tiene previamente reconocido, sino en permitir que se extienda a materias que están reservadas a la ley. Todo ello sin cambiar la naturaleza reglamentaria ni el rango de la norma dictada en virtud de la delegación.<sup>35</sup>

El reglamento interviene, por tanto, sobre la base de un llamado de la ley, que habilita una potestad regulatoria específica que ha de actuarse dentro de los precisos límites determinados por aquella. Pero la remisión, en cualquier caso,

<sup>34</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 262.

<sup>35</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, t. VII, ob. cit., p. 107.

tiene que ser válida, es decir, provenir de una ley plenamente vigente. Solo cuando la ley está en vigor, puede obligar o puede habilitar poderes normativos. No puede, por tanto, un reglamento, justificar su existencia a través de una habilitación hecha por la ley si aún no ha entrado en vigor por no haber sido publicada. Sin embargo, en los últimos años en Cuba se ha impuesto una práctica nociva, de emitir “paquetes normativos”, con disposiciones legales que se publican y entran en vigor junto con sus respectivos reglamentos de desarrollo, el mismo día y en el mismo número de la *Gaceta Oficial*. Se trata, por tanto, de normas reglamentarias que se dictan bajo la cobertura y con referencia a leyes que no existen en el ordenamiento jurídico en el momento mismo de elaboración y puesta en vigor del reglamento, porque no han sido publicadas. Ello constituye una grave distorsión del ordenamiento jurídico y de los principios que lo explican, particularmente los referidos a la validez y vigencia en el tiempo de las normas jurídicas.

El desarrollo normativo derivado de la remisión de la ley no se agota con la producción de un único reglamento, sino puede realizarse en uno o varios textos, coetáneos o sucesivos, sin que se requieran nuevas habilitaciones, salvo disposición expresa en contrario. Los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria, a más del respeto por el principio de jerarquía normativa, que implica la prohibición de contradicción de las disposiciones reglamentarias con las de la ley; los han establecido la doctrina y la jurisprudencia sobre la base del concepto francés de “*complemento indispensable*”, que, según SANTAMARÍA PASTOR, comprende dos aspectos: primero, que el reglamento no puede limitar los derechos o situaciones jurídicas favorables que la ley establece, ni ampliar o endurecer las situaciones desfavorables; y segundo, el reglamento debe incluir *todo lo indispensable* para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrolla, pero, por otro lado, no ha de incluir *más que lo estrictamente indispensable* a estos fines.<sup>36</sup>

## B) Reglamento independiente

Se califican como reglamentos independientes o *praeter legem*, los dictados por la Administración en ausencia de una ley previa que habilite su producción, ni desarrollan ninguna norma de rango legal. Pertenecen a esta categoría tanto los del régimen de organización interna, que constituyen el ámbito propio de la potestad reglamentaria autónoma de la Administración, como –fundamentalmente– los que afectan a terceros. Como ya hemos apuntado, en la etapa constitucional previa, la potestad reglamentaria autónoma se desarrolló al amparo de un Decreto-ley, con dudas sobre su correspondencia con el diseño de la Constitución de 1976, que la circunscribía únicamente a la ejecución

<sup>36</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, ob. cit., p. 373.

de la ley –para el caso del Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo– y, respecto de los organismos de la Administración central, como producto de la interpretación de un precepto constitucional con una redacción bastante ambigua (art. 100 a).

### **C) Reglamento de necesidad**

El reglamento de *necesidad* es una forma de ejercicio de la potestad reglamentaria de carácter extraordinario y obedece a las necesidades normativas ante situaciones calificadas por el ordenamiento de *excepcionales* y que, por esas circunstancias, contienen disposiciones contrarias a las leyes vigentes. La regulación legal de este tipo de disposiciones reglamentarias se ubica en los arts. 10 al 13 de la Ley de Defensa Nacional (1995).

Los rasgos característicos de ese tipo de normas se pueden sintetizar en los siguientes:

- a) *Temporalidad*: dado que este tipo de potestad reglamentaria se justifica en atención a la existencia de circunstancias de excepción, la vigencia de dichas normas quedará limitada al tiempo de permanencia de la situación de anormalidad; en consecuencia, carecen también de eficacia derogatoria respecto de las normas ordinarias, simplemente suspenden su aplicación, sustituyendo su contenido.
- b) *Concentración*: el dictado de estas normas se concentra en uno o unos pocos órganos, distintos además de los titulares de la potestad reglamentaria ordinaria (Consejos de Defensa).
- c) *Limitación de control*: en atención a la misma situación de anormalidad jurídica imperante en situaciones excepcionales, no rigen respecto de estas normas los mecanismos ordinarios de control de legalidad, aunque ello no significa, sin embargo, ausencia de control, pues la potestad concedida, aunque extraordinaria, no es ni ilimitada ni marginal al ordenamiento. Sigue siendo una potestad ordenada, limitada y, en consecuencia, sometida a control generadora de responsabilidad.

# Los fines de la Administración Pública: entre la teleología administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados

---

GRETHEL ARIAS GAYOSO\*

*“¡Qué no debe esperarse de la administración! Por sus cuidados y vigilancia se aseguran los derechos comunes y personales, la tranquilidad reina en las familias y la paz entre los ciudadanos; las propiedades están preservadas de la violencia o de la astucia, la fuerza pública contribuye al mantenimiento del orden, la industria nacional se aumenta con la industria particular, se sostiene el espíritu público, el hombre puede gozar en seguridad de cuanto ama y posee, los individuos se ilustran recíprocamente, y todos disfrutan de aquella seguridad que aumenta a la existencia y de la felicidad objeto de sus deseos y trabajos”*

C. J. B. BONNIN

*Compendio de los Principios de Administración, 1834.*

## I. Preliminares

Pensar en la Administración Pública sin que análogamente emerja la noción del interés general no resulta una misión permisible en la concepción del Estado moderno. Justamente, como brazo ejecutor de la actividad estatal, la Administración existe en virtud de la necesidad de gestionar lo público con un criterio que se sustente en la ponderación del interés general por encima de los particulares. Sin embargo, este interés, además de su versatilidad y contingencia, implica acciones de interpretación complejas; encajando a la perfección en la descripción de MOZO SEOANE<sup>1</sup> de los “conceptos elásticos”, esa fórmula gráficamente perfecta para describir los conceptos jurídicos indeterminados.

\* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (Santiago de Cuba).

<sup>1</sup> Así los describe MOZO SEOANE, e inmediatamente reconoce en estos “conceptos legales flexibles, susceptibles de valoración adecuada a tenor de las circunstancias reales, necesitados en puridad, de esa valoración, son expresivos de un contenido discrecional, con apreciación administrativa libre de su grado de aplicación al supuesto de hecho”. MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal. 1884-1983*, Montecorvo, S.A., Madrid, 1985, pp. 116 y 117.

La ductilidad de las situaciones que enfrenta la Administración impone una mirada reflexiva a sus fines, a los que, genéricamente, bastaría con aludir al interés general. Sin embargo, aunque no se trata de colocar una valla infranqueable, resulta útil acotar siempre –o en la medida de lo posible–, cómo se objetiviza ese interés, por momentos volátil, a los ojos de quienes se encargan de interpretarlo. Tras la estructura orgánica de la Administración Pública, quedan un conjunto de personas<sup>2</sup> representando y propendiendo a su funcionalidad. Añádase a esta idea que en los tiempos que corren, y cada vez con mayor normalidad, aparecen otros sujetos<sup>3</sup> que también se encargan de gestionar el interés público –ya sea por mandato, o en colaboración con la Administración– con lo cual es trascendental que se perfilen sus fines más esenciales, más allá de los genéricos.

La letra y el espíritu del interés general no pueden quedar como un halo etéreo rodeando a la Administración, sino que deben encontrarse los términos precisos que orienten a su consecución. No es suficiente su enunciación cuando es posible dimensionarlo hacia las aristas específicas a las que se dedica la actividad pública, ello constituye –también– una medida para el alcance de la eficacia en la gestión pública. En la recta final del proceso de gestión, siempre quedará el remanente del interés general, supletorio de aquellos espacios en que su concreción en la letra del instrumento normativo que lo disponga no agote sus términos más específicos.

## **II. La relación Estado-Administración en la definición de sus fines**

El rol del Estado moderno gira en torno a un conjunto de fines esenciales que permiten validar su gestión y contribuyen a articular los variados mecanismos para la participación y el control de los ciudadanos. La finalidad estatal, o la

---

<sup>2</sup> “Toda estructura organizativa ha de ser interpretada, en última instancia, por sujetos sociales constituidos por sistemas de valores y con unas actitudes determinadas que dan una cierta orientación a su conducta. De ahí que una organización supuestamente perfecta en su diseño pueda no alcanzar sus fines –en este caso, el bien público– si los sujetos encargados de «interpretarla» no sienten de alguna manera su campo de responsabilidad en el proceso. Y esta responsabilidad no puede nacer sino a partir de una toma de conciencia de su papel en la administración. Sólo mediante una previa clarificación de sus obligaciones es posible que el administrador pueda ejecutar con moralidad su trabajo”. BAÑÓN, Rafael y Ernesto CARRILLO (comps.), *La nueva Administración Pública*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 314.

<sup>3</sup> Apunta MORELL OCAÑA que “el nuevo punto de partida del Derecho público es el de que el Estado-organización no es ya la única institución de salvaguardia del interés general, el control de los intereses colectivos no es exclusivamente suyo ni asume con carácter de monopolio el proceso de satisfacción de las necesidades colectivas”. Luis MORELL OCAÑA, “El ‘criterium’ de la Administración pública y el Derecho administrativo contemporáneos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 29, abril-junio 1981, Civitas, p. 25 y ss.

manera en que la asumen cualquiera de sus órganos, constituyen una manifestación tangible de su gestión. En términos de IHERING, “el fin es la concepción de un acontecimiento futuro que la voluntad tiende á [sic] realizar”,<sup>4</sup> con lo cual se trata de una perspectiva absolutamente racional. En esta misma cuerda, afirma DE LA MORENA Y DE LA MORENA que “si el Estado actúa por y para la Comunidad, todo fin de ésta se convertirá en fin del Estado [...]”,<sup>5</sup> aludiendo así a la directa y recíproca relación entre los intereses generales y públicos.

Desde la perspectiva que abordamos, estos fines, tienen un matiz genérico y trascienden a la idea de las funciones del Estado. En relación con ello, se prevén fines internos y externos, que se entrelazan y determinan su política. Definidos constitucionalmente, constituyen el paradigma estatal en la gestión de los variados intereses coincidentes y a ellos tributan y vierten su acción los órganos del Estado.<sup>6</sup>

De tal manera, en esa simbiosis Estado-Derecho, afirma IHERING,

“¿Cuál es, pues, el fin del derecho? Hemos visto que el fin de los actos del ser animado reside en la realización de sus condiciones de existencia. Recogiendo esta definición, podemos decir que el derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado”.<sup>7</sup>

Sin embargo, no es hasta que estos fines se objetivizan y particularizan en la acción directa de la Administración<sup>8</sup>, como articuladora y vicaria de la acción

<sup>4</sup> VON IHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, trad. Leonardo Rodríguez, B. Rodríguez Serra Editor, Madrid, 1900, p. 12.

<sup>5</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, “Los fines de interés público como ‘causa’ y como ‘límite’ de la competencia y como ‘medio’ y ‘medida’ de control judicial”, en *Revista de Administración Pública*, No. 85, enero-abril, 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 157 y 158.

<sup>6</sup> Afirma MAYER, refiriéndose al papel de Legislación, Justicia y Administración que “Lo cierto es que actualmente toda la actividad inmediata del Estado parece atribuirse a estas tres ramas especiales. [...] La legislación, la justicia y la administración son todas actividades mediante las cuales el Estado tiende a realizar su fin”. MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. I, *Parte General*, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 5.

<sup>7</sup> VON IHERING, R., *El fin...*, ob. cit., p. 274.

<sup>8</sup> A elevado nivel llega esta relación entre Estado y Administración, que Paul LABAND afirma que: “todo fin que el Estado persiga puede convertirse en motivo de acción administrativa”. Citado por JORDANA DE POZAS, Luis, *Estudios de Administración local y general*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1961, p. 57. Y siguiendo la misma idea, “todas las acciones que realiza el gobierno relacionadas con las cuestiones que ligan al Estado con la sociedad se hacen presentes a través de la ejecución de políticas fiscales, legislaciones diversas, educación, salud y vivienda, así como otras funciones del Estado que al concretizarse se hacen visibles en la administración pública”, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Juan, *Administración pública y reforma del Estado en México*, INAP, México, 1988, p. 34.

estatal,<sup>9</sup> que el ciudadano es capaz de visualizar los intereses coincidentes. Son varios los principios que se derivan desde el Estado a la Administración; así confirma GALINDO CAMACHO que:

“Las constituciones modernas cuidan meticulosamente de acotar las competencias de la administración pública, partiendo de lo que Karl Schmitt definió como la mensurabilidad de todas las manifestaciones del poder del Estado, en la cual descansan el control y la contabilidad de los actos del Poder Ejecutivo”.<sup>10</sup>

Con marcada insistencia ha pretendido la doctrina distinguir la actividad del Estado como un “*genus*” de la actividad de la Administración Pública,<sup>11</sup> insistiendo en la necesidad de que aquella se someta estrictamente al interés público sobreponiéndose a lo políticamente subyacente. Sin embargo, desde la propia actividad de gobierno, en muchos casos colindantes con la actividad administrativa, resultan imprecisos estos límites. Ya no centrados en la distinción de actos políticos o de gobierno<sup>12</sup> y actos de Administración como presupuestos para el control de la actividad administrativa, sino como el móvil que gravita en torno a la actividad administrativa. De tal suerte afirmó MURILLO:

“El Estado neutro y agnóstico es sólo como un panal, todo lo estático posible, para que en sus celdillas aniden los seres que llevan consigo el poder

<sup>9</sup> Tanto es así, que es más cuestionable por el ciudadano la inadecuada gestión que realiza la Administración que los fines del Estado en sí. A estos efectos, ha expuesto PAREJO ALFONSO, refiriéndose al principio de eficacia, que “Como es obvio, esto afecta con especial intensidad a la manifestación interna, constante y regular, del Estado, al instrumento por excelencia de éste para su acción de ejecución del ordenamiento y de configuración de las condiciones de vida social, es decir, a la Administración pública”. PAREJO ALFONSO, Luciano, “La eficacia como principio jurídico”, en p. 18.

<sup>10</sup> GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración pública*, Porrúa, México, 2000, p. 63.

<sup>11</sup> Así como también se ha pretendido infructuosamente desbridarla de lo político, pues como afirma GOODNOW, “*These two functions of government may for purpose of convenience be designated respectively as Politics and Administration. Politics has to do with policies or expressions of the state will. Administration has to do with the execution of these policies*”. J. GOODNOW, Frank, *Politics and Administration: a study in Government*, 5ª ed., Transaction Publishers, New Brunswick (USA) and London (UK), 2009, p. 19. En la misma cuerda: “la administración pública no se puede mantener separada de la política, ya que todo plan o programa que surja de aquella se encuentra sustentada por una decisión política. es decir, una decisión de gobierno que se manifiesta por la acción de la administración pública, puede encauzarse a mejorar los aspectos de la vida social, o bien, llevarnos a su detrimento, depende el punto de vista que se sostenga”, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Juan, ob. cit., p. 34.

<sup>12</sup> Afirma Francisco MURILLO, que “el planteamiento de la cuestión obedeció, en efecto, a un hecho político y, como tal, a la vez histórico; a saber: con intención claramente política se trataba de sustraer al campo inestable y mudadizo de la política una zona, para neutralizarla, desinfectarla de todo virus político y dejarla vivir una vida aséptica y monótona fuera de toda *agonía*”, en “Política y Administración”, *Revista de Administración Pública*, No. 6, septiembre-diciembre 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, p. 90.

de su intimismo personal: los ciudadanos. Y si se trata de neutralizar la vida entera del Estado, considérese cuán alto grado de neutralización será preciso conseguirle a ese aspecto delicado que ya se llama rigurosamente Administración”.<sup>13</sup>

Representa, por tanto, la Administración, un instrumento de inexcusable necesidad en cuestión de gestión de fines estatales.<sup>14</sup> Como afirma MAYER, “la administración es la actividad del Estado para realizar sus fines bajo su orden jurídico”.<sup>15</sup> Es la variada actividad de la Administración Pública el elemento que facilita la gestión de los diversos intereses a tomar en consideración por el Estado. Es así que el interés general se eleva a la condición de público, acuñado tal cual por el Estado. FORSTHOFF aclara muy sucintamente el particular:

“El Estado cuida, por medio de la policía, de la seguridad y el orden públicos; impone contribuciones y aplica los recursos obtenidos a su fin propio; construye carreteras y canales y regula su tráfico; distribuye, por medio de las oficinas de colocación la mano de obra, y concede a ésta, por los seguros sociales, prestación y atenciones; mantiene escuelas, universidad, museos y teatros; controla la energía, protege financieramente y bajo otros aspectos organizaciones y empresas de importancia; es titular de la moneda nacional a través de Bancos propios, y en todas estas gestiones ejercita el Estado la actividad administrativa”.<sup>16</sup>

Los elementos anteriormente esbozados justifican, en buena medida, la coincidencia de destinos entre la actividad estatal y la acción administrativa.<sup>17</sup> Sin embargo, no debemos olvidar el espacio propio de cada una de las funciones del Estado, tomando en cuenta que cada una de ellas ha de propender a la finalidad estatal. Justamente, es en la posible particularización de esos fines, en los métodos y técnicas que se emplean, donde se asienta la diferencia entre la teleología del órgano legislativo y la Administración; o entre los que ejercen la función legislativa y los que ejercen la función judicial. En esencia, se trata de irradiar, cada uno desde su espectro propio, a una razón superior.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>14</sup> “En el planteamiento acostumbrado del tema de los fines administrativos suele hacerse una referencia al de los fines del Estado. Si se parte de la división de poderes, los fines administrativos serán los del Poder ejecutivo; si de la división de funciones, los de la actividad administrativa, determinada por vía excluyente, como toda la actividad del Estado, menos la de carácter legislativo y judicial”, así afirmó JORDANA DE POZAS, Luis, ob. cit., p. 53.

<sup>15</sup> MAYER, Otto, *Derecho administrativo... I*, ob. cit., p. 15.

<sup>16</sup> FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho administrativo*, traducción de Legaz Lecambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junje, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 12.

<sup>17</sup> “Desde el punto de vista doctrinal, hay una teoría clásica, de ningún modo arrumbada, que comprendía en el *bonum commune* el fin único del Estado, dejando a los tiempos y a los gobernantes la determinación concreta de lo que es bueno para la comunidad y de los medios de lograrlo”. *Vid.* JORDANA DE POZAS, Luis, ob. cit., p. 54.

### III. El interés general: la diversa representación de los fines de la Administración

El interés general en un Estado se afronta —como ya se ha dicho— desde diversos ángulos. No es posible afirmar que mediante actividad legislativa del Estado, no se apuntea los más generales intereses; o que el juez, de maneras más o menos inmediatas, según el caso, no propende al bien común. Sin embargo, es la Administración Pública quien se *bautiza* como legítima intérprete y gestora —por excelencia— del interés general.<sup>18</sup>

Esa fórmula general y ampliamente aceptada<sup>19</sup> eleva a la Administración al rol de mediadora en la actividad y finalidades de las políticas estatales. La realidad jurídica, política, económica y social contemporánea ha trastocado e introducido modificaciones<sup>20</sup> a esa concepción de “exclusividad” en la gestión pública. Es una realidad y preterirla, nos haría parcializarnos ante una situación evidente. En contrario, ponderarla, nos haría olvidar los más elementales preceptos del Derecho administrativo y de la concepción de la Administración que predicamos: una Administración que no porque ceda o amplíe los términos para la gestión de los intereses generales pierde los hilos de su control.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, a tenor de este particular, que “Es realmente un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto, multitud de fines, no limitados, por supuesto, al simple resultado coactivo de las leyes y de las sentencias”, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 27.

<sup>19</sup> Véase: “con la administración, el Estado satisface los intereses públicos ‘de un modo inmediato’”, expone ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, *Parte General*, traducción de Héctor Masnatta, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 22; “el objetivo o fin de la administración es la *satisfacción de las necesidades colectivas*”, a decir de MORENO RODRÍGUEZ, Rodrigo, *La Administración pública Federal en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 102; “la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de derecho que se relaciona con los administrados”, alude BREWER CARÍAS, Allan Randolph, *Estudios de Derecho administrativo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, p. 16; “el papel de la Administración como gestora de servicios a través de los cuales los ciudadanos obtienen las prestaciones que el Estado les asegura”, afirman PALOMAR OLVEDA, Alberto y FRANCISCO DE MIGUEL PAJUELO, *El nuevo papel de la Administración general del Estado*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 29.

<sup>20</sup> Al respecto, nos explica BARRERA GRAGEDA, Juan Manuel: “El nuevo estilo administrativo se personalizó en la gestión pública (*public management*), cuyos principales signos distintivos han sido: a) la prestación de servicios al cliente; b) el establecimiento de mercados en el seno de los procesos gubernamentales; c) el desarrollo de la competencia mercantil entre dependencias; d) la orientación empresarial de tipo privada dentro del Estado y e) la separación tajante entre política y administración. Véase en “¿El fin de la Administración pública?”, reseña a la obra de GUERRERO, Omar (2003), *Gerencia pública en la globalización*, Universidad Autónoma del Estado de México, Porrúa, México, en *Sociedad y Territorio*, vol. IV, No. 16, 2004, p. 750.

<sup>21</sup> Coincidimos con el criterio de PALOMAR OLVEDA y DE MIGUEL PAJUELO, “el Estado de nuestros días ha abandonado los postulados del Estado abstencionista, prácticamente garante del orden público y la defensa exterior, para convertirse en una fuerza que interviene en la sociedad por medio de fórmulas muy diversas (regulación y acción directa y con el fin de

El aludido interés general para la Administración Pública incorpora una multitud de posibles manifestaciones y traducciones. Esencial resulta esta comprensión integral que nos permita validar, *a posteriori*, la posible existencia de un desvío de poder, o de excesos en su ejercicio.

En ese orden, vale la pretensión de dimensionar cuáles son las diferentes miradas a las que se enfrenta la Administración en la interpretación del interés general. Aunque no resulta común encontrar esta referencia, es posible validar algunas de sus principales aristas, incluso desde el propio *iter* evolutivo que ha experimentado esta figura pública. Para una rama de relativa *moedad*, ya en 1964 se había extendido su actuar y dimensionaba WHITE:

“En su sentido más amplio, los fines de la administración son los objetivos últimos del Estado mismo: la conservación de la paz y el orden, la realización progresiva de la justicia, la instrucción de los jóvenes, la protección contra las enfermedades y la inseguridad, el ajuste y la transacción entre los grupos y los intereses antagónicos, en suma, la consecución de una vida buena”.<sup>22</sup>

El fin que de manera más instrumental visualiza la acción de la Administración Pública es, sin dudas, aquel por el cual se presta el servicio público,<sup>23</sup> elemento primario –mas no absoluto– de la actividad administrativa.

Un aporte significativo en esta delimitación de los fines particulares incluidos en esa perspectiva global que es el interés general lo significó, en su momento, el criterio aportado por la obra de GARCINI GUERRA. El mencionado autor refería como fines de la Administración Pública, haciendo especial mención del caso cubano:

“... asegurar la satisfacción de las necesidades de la sociedad; fortalece la defensa de la Patria frente a las agresiones externas y salvaguarda el orden interno; protege y desarrolla la propiedad socialista; garantiza los derechos y los legítimos intereses de los ciudadanos; estimula el cumplimiento de sus deberes mediante la educación política-ideológica del pueblo; educa a las masas populares en un espíritu de disciplina consciente y de actitud comunista ante el trabajo; fomenta la solidaridad con los movimientos de

asegurar a los ciudadanos la percepción de una serie de prestaciones públicas, que le permiten asegurar un mínimo vital común a todos ellos”. PALOMAR OLVEDA, Alberto y Francisco DE MIGUEL PAJUELO, ob. cit., p. 28.

<sup>22</sup> WHITE, Leonard D., *Introducción al estudio de la Administración pública*, traducción de Florentino M. Torner, Compañía General de Ediciones, S. A., México, D. F., 1964, p. 3.

<sup>23</sup> Argumentó en su momento el Consejo de Estado Francés: “todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”. *Arrêt Terrier*, del 6 de febrero de 1903. LONG, Marceau, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT *et al.*, *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, 20ª ed., Dalloz, Madrid, 2015, p. 114.

liberación nacional de todos los pueblos oprimidos y la colaboración fraternal con los demás países socialistas; se enfrenta a conductas antisociales y reprime y trata de reeducar a los que realizan actos de ese jaez; asegura el control de la medida del trabajo y del consumo y lleva a cabo, en fin, todas las tareas que requiere la construcción del socialismo”.<sup>24</sup>

La referida obra de GARCINI GUERRA se inscribe en el periodo de vigencia del texto constitucional cubano de 1976, la cual no establecía fines de la Administración Pública cubana, con lo cual, debe presumirse que se trata de una deducción del autor, basado en los fines del Estado cubano establecidos en el art. 8.<sup>25</sup> Y los fines descritos aluden, esencialmente, a fines relacionados con lo político, lo económico y el Derecho administrativo sancionador.

Resulta muy interesante analizar, no solo desde la doctrina, sino también desde la letra de los textos constitucionales, cómo se configuran los fines de la Administración Pública. La tendencia va hacia la conjunción de fines Estado-Administración, sin embargo, traslucen elementos que contribuyen a sostener nuestra idea, argumentando la necesidad de propender a su delimitación.<sup>26</sup>

Para este propósito, la Constitución de Bolivia prevé una serie de fines del Estado<sup>27</sup> para los que resulta precisa la presencia e intervención administrativa.

<sup>24</sup> GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho administrativo*, Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 18.

<sup>25</sup> Constitución de la República de Cuba 1976, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx>, consultado el 2 de mayo de 2019.

<sup>26</sup> Esta idea también ha sido argumentada por LÓPEZ-PEÑA, quien refiere que: “Siendo el interés público el móvil de actuar de los poderes públicos y la de la ciudadanía tanto en la dimensión jurídica como política, no es aceptable que previamente la constitución no contenga expresamente y de manera particular lo que puede entenderse por actuar conforme al interés público; una objeción que pudiera hacerse a esta tesis de la formulación, podría ser que al estar anclado el interés público al principio de Estado Social de Derecho, se entendería que el interés público es aceptación de la democracia, satisfacción de fines esenciales, salvaguarda de derechos, cumplimiento de procedimientos y formas, y de ese modo ser innecesaria la determinación en concreto del interés público”. LÓPEZ-PEÑA, Edmer Leandro, “El interés público como concepto jurídico. teoría de la determinación en sentido general”, *Tesis de doctorado*, UDC-2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=71852>, consultado el 27 de mayo de 2019.

<sup>27</sup> Constitución Política del Estado, disponible en <https://www.oas.org>, consultado el 2 de mayo de 2019. Art. 9.- “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.
2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.
3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional.
4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

Por su parte, Colombia sigue la misma línea de la delimitación de los fines estatales.<sup>28</sup> Tampoco se aleja de esta tendencia Ecuador, que si bien no establece los fines con igual claridad, aporta un interesante elemento estructura en la relación Estado-Administración<sup>29</sup>. Para el caso chileno:

“a partir de la Constitución de 1980, podemos afirmar que un principio básico del Derecho Administrativo, que se ha visto alcanzado por los fines que la Constitución consagra para la acción estatal, es de carácter valorativo, consiste en la necesidad de una gestión al servicio de la persona humana y para la promoción del bien común. En efecto, la Constitución sujeta a la Administración a una serie de finalidades, principios estos contenidos, entre otros, en los artículos 1 ° incisos 4°, 5° Y 19 N° 26 a”.<sup>30</sup>

El caso español despunta con la referencia directa a la Administración Pública, en una fórmula que aboga por la generalidad en el fin de esta.<sup>31</sup> Y en el mexicano se ha entendido que:

“se puede entender la administración pública como el conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función

5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.

6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medioambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras”.

<sup>28</sup> Constitución de Colombia de 1991, disponible en <https://pdba.georgetown.edu>, consultado el 2 de mayo de 2019.

Art. 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”.

<sup>29</sup> Constitución del Ecuador, disponible en <https://educacion.gob.ec>, consultado el 2 de mayo de 2019:

“CONSIDERANDO

”Que, el ejercicio de la función administrativa exige coordinar acciones para el cumplimiento de los fines de las instituciones del Estado sus organismos y dependencias para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República de acuerdo con el artículo 226”.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, Santiago (dir.), *El Derecho administrativo iberoamericano*, No. 9, INAP-Instituto de Investigación urbana y territorial, España, 2005, p. 37 y ss.

<sup>31</sup> Constitución española de 1978, disponible en <https://www.boe.es>, consultado el 2 de mayo de 2019:

Art. 103.1.- “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público, trata de lograr los fines del Estado”.<sup>32</sup>

De todo lo anterior puede colegirse que, si bien los fines de la Administración Pública son frecuentemente previstos como una derivación de las finalidades estatales, el interés general, visto desde una perspectiva más particular, puede dimensionarse en: asegurar el bienestar de la comunidad; asegurar la prestación y/o gestión de servicios públicos de calidad; establecer pautas y normas de convivencia y de conducta para toda la sociedad; asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas establecidas; garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad; organizar y dirigir el comercio interno y externo; las acciones que se deriven de las precisiones para el condicionamiento material de los derechos reconocidos.

Esta enumeración no pretende establecer un *numerus clausus*, imposible de establecer cuando se aborda con la perspectiva contingente y variada con que debe afrontarlo a diario la Administración Pública. Tampoco se pretende desplazar el lugar que ocupa el interés general como factor neurálgico para el actuar de la Administración Pública; si bien se orienta a una “traducción”, un dimensionamiento de las particularidades que entraña una categoría de tan variopintas aristas y, con ello, contribuir a la interpretación que debe hacer el sujeto que a él se enfrenta y que quedará descrito en las páginas sucesivas.

#### **IV. El interés general y los conceptos jurídicos indeterminados**

El lenguaje jurídico es polisémico en su esencia. Ello trae consigo que muchos de sus términos sean atraídos del lenguaje ordinario y asuman una significación técnico-jurídica, en términos de PRIETO DE PEDRO,

“al contrario de otros lenguajes técnicos, la proporción de palabras usadas de forma exclusiva por el derecho es muy escasa (litisdependencia, litisconsorcio, interdicto...); la cuota mayor corresponde a términos del léxico común, e incluso de otros léxicos técnicos, que el derecho modula semánticamente con acepciones propias”.<sup>33</sup>

En otros supuestos, el propio lenguaje facilita al operador jurídico la adaptabilidad que precisa para maniobrar con el lenguaje; ampliando su flexibilidad y permitiendo que se ajuste a las disímiles situaciones que enfrenta la vida cotidiana.

<sup>32</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (dir.), ob. cit., p. 437.

<sup>33</sup> Jesús PRIETO DE PEDRO, “Los vicios del lenguaje legal. Propuesta de estilo”, en Fernando Sainz Moreno (coord.), *La calidad de las leyes*, Vitoria Gasteiz, Parlamento Vasco, 1989, p. 141.

Así se configuran desde la lingüística más elemental los conceptos indeterminados, aquellos que indican o implican imprecisión, que no tienen características claras y precisas, indefinidos, vagos, ilimitados, inconcretos, abstractos.<sup>34</sup> La perspectiva jurídica no se aleja mucho de estos términos y así han sido identificados como “vagos, ambivalentes, elásticos, polisémicos, con ‘aureolas de penumbra’, contenidos en las normas de textura abierta”.<sup>35</sup>

En el decurso del Derecho administrativo, en el que se perfilan y distinguen sus instituciones, no escapó el espacio de atención para este tipo de conceptos, al haber transitado por un escabroso proceso de independencia de instituciones como la discrecionalidad administrativa. Lo cierto es que el empleo de los conceptos jurídicos indeterminados ha constituido un mecanismo que provee de cierta flexibilidad a las normas,<sup>36</sup> y por supuesto, eleva el rol del operador jurídico –ya sea de la Administración, ya sea del juez– a un rol de intérprete de la norma. Ante esta situación, los conceptos jurídicos indeterminados fueron acaparados e identificados con espacios de discrecionalidad, al punto de reconocerse como *conceptos discrecionales* y, en algún momento, fundamentar un amplio margen de lo discrecional.

La distinción entre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad en sede administrativa parte de precisar si la integración del concepto da lugar a una única solución correcta o a varias y, en consecuencia, determinar si la discrecionalidad administrativa existe y si es apreciable cuando la norma jurídica emplea dichos conceptos. Es este el elemento diferenciador: la existencia o no de una única solución, o se da o no se da el concepto.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Voz “indeterminado”, *Gran diccionario de la Lengua Española*, Larousse editorial, 2016.

<sup>35</sup> Teresita RENDÓN HUERTAS BARRERA, “La interpretación viciada de los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Revista Jurídica de Derecho*, vol. 4, No. 5, La Paz, julio 2016, disponible en <https://scielo.org.bo>, [Consultado 24 de mayo de 2019].

<sup>36</sup> Así también sostiene ARA PINILLO: “Los conceptos jurídicos indeterminados permiten así dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definen el concepto de su aplicación, en la medida en que como dice Chaïm Perelman, remiten a ‘lo que parece normal y aceptable en la sociedad del momento en que deben apreciarse los hechos’. Pero se paga también un fuerte coste en materia de seguridad jurídica, puesto que el juez (y en general el destinatario del derecho que se ve sometido al modelo de comportamiento normativamente prescrito) queda no sólo habilitado sino directamente obligado por la propia lógica del discurso legal a intervenir activamente, precisando en cada caso singular el significado de nociones que resultan intrínsecamente variables e indeterminadas”. ARA PINILLA, Ignacio, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2004, p. 114, disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuario\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2004-10010700124](https://www.boe.es/publicaciones/anuario_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2004-10010700124), consultado 27 de mayo de 2019.

<sup>37</sup> A tales efectos, GIANNINI, citado por SAINZ MORENO, “una sustancia es tóxica o no lo es; puede ocurrir que sea más o menos tóxica, pero no puede ocurrir que sea ‘oportuno o inoportuno considerarla tóxica’. De la misma manera, el que una ciudad posea o no una ‘non comune bellezza’ puede ser cuestión de grado, pero no cuestión de oportunidad”. SAINZ MORENO,

Entre ellos incluimos: el mérito o la capacidad de los funcionarios públicos, la buena conducta ciudadana, las medidas necesarias, la semejanza gráfica; y otros muchos supuestos que se incorporan a las normas administrativas en relación con la toma de decisiones.

En tal supuesto no hay discrecionalidad ante la inexistencia de un momento de elección en su aplicación. En otro sentido, es posible efectuar la apreciación por parte de la Administración ya que son conceptos “elásticos”, tal como los describe MOZO SEOANE,<sup>38</sup> que precisan de la apreciación y delimitación que les puede impregnar el órgano administrativo para su clarificación.

El primero de los criterios resulta, aunque comprensible, estricto con respecto a la naturaleza de los conceptos, tomando como punto de partida que todos no se refieren a la misma cualidad de las cosas; hay conceptos que refieren a *standards* de experiencia —mucho más fáciles de integrar— y otros que refieren a conceptos de valor —que pueden incluir cuestiones técnicas jurídicas o, incluso, políticas— que dificultan el proceso de interpretación. Aquí se integra el tema del *margen de apreciación* de los conceptos.

En su composición, los conceptos jurídicos indeterminados están conformados por un ámbito de certeza positiva (supuestos que se entienden comprendidos en el concepto) y un ámbito de certeza negativa (aquellas circunstancias que claramente no admite el concepto)<sup>39</sup> y, entre ambas, una zona denominada

Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 269; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo*, 18ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007, p. 347; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general*, t. I, Lustel, Madrid, 2005, p. 429. En torno a esta posición, no se puede dejar de citar a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, No. 38, mayo-agosto 1962, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 171 y ss., quien ha sido uno de los grandes defensores de esta postura. En la doctrina nacional, CAÑIZARES ABELEDO, Fernando Diego, “Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo”, en AA. VV., *Estudios de Derecho administrativo cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002, p. 130.

<sup>38</sup> Así los describe MOZO SEOANE, e inmediatamente reconoce en estos “conceptos legales flexibles, susceptibles de valoración adecuada a tenor de las circunstancias reales, necesitados en pureza, de esa valoración, son expresivos de un contenido discrecional, con apreciación administrativa libre de su grado de aplicación al supuesto de hecho”. MOZO SEOANE, Antonio, ob. cit., pp. 116 y 117; ZANELLA DI PIETRO, María Silvia, *Direito Administrativo*, 19ª ed., Atlas, Sao Paulo, p. 225, quien desde una posición mucho más radical que MOZO SEOANE, ve en los conceptos jurídicos indeterminados un supuesto especial de apreciación de la discrecionalidad.

<sup>39</sup> La doctrina alemana construyó la doctrina del *margen de apreciación*, y luego la española desarrolló los conceptos del *núcleo* (zona de certeza positiva), el *halo* (margen de apreciación) y *zona de certeza negativa*. Ver, BULLINGER, Martin, “La discrecionalidad de la administración pública”, *La Ley*, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, No. 4,

*margen de apreciación (Beurteilungsspielraum)*, halo del concepto o zona de duda, una zona gris en la cual el intérprete se mueve con mayor o menor soltura, siempre entre la zona positiva y negativa. Este margen de apreciación ha sido la causa de que un autor como SESÍN afirme la existencia de una zona mínima de discrecionalidad,<sup>40</sup> pero lo cierto es que esta solo le ofrece a la Administración un ámbito mayor en la elección de los elementos que le permitirán la interpretación e integración del concepto, pero no la posibilidad de elegir entre las varias alternativas. El segundo aspecto accede desde el plano de los presupuestos de la existencia de la potestad discrecional: su otorgamiento por parte del ordenamiento jurídico. Mientras que los conceptos jurídicos indeterminados se utilizan por parte del legislador, la potestad discrecional es conferida a la Administración, y solo en virtud de este otorgamiento, puede ser ejercitada.

¿Hacia dónde nos lleva todo lo anterior? Pues la primera consecuencia parte del hecho de reconocer en el interés general (sin ánimo de entrar en disquisiciones sobre el tema interés general-interés público) un verdadero concepto jurídico indeterminado. Y así su función consiste en “representar –en fórmula condensada– cualquier bien jurídico protegido por la comunidad jurídica”, por lo que se trata de un concepto sin contenido material propio preciso<sup>41</sup> “pero

1987, Edilex, Madrid, p. 899; posteriormente retomado por otros autores. Véase, al respecto, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y Luciano PAREJO ALFONSO, *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989, p. 133, para quienes el margen de apreciación deja cierta libertad a la Administración, que no significará la existencia de potestad discrecional; SESÍN, Domingo Juan, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados”, en AA.VV., *El Derecho administrativo argentino, Hoy*, Jornadas sobre Derecho administrativo, Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. MARIENHOFF, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Argentina, 1996, p. 296; BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997, p. 127. El propio GARCÍA DE ENTERRÍA, que en un primer momento fue extremo en cuanto a su posición de la única solución justa, va matizando esta posición con la aplicación del “margen de apreciación”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 5ª ed. ampliada, Madrid, 2000, p. 137 y ss.

<sup>40</sup> SESÍN afirma que así “como en muchos casos la aplicación de esta concepción tiene un fin indudable, en otros supuestos más complejos, también numerosos en la realidad administrativa, la presencia de una valoración subjetiva del órgano competente es ineludible. Esto último, unido a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del derecho confirma la presencia de una modalidad discrecional en su mínima expresión”. SESÍN, Domingo Juan, *Administración pública. Administración reglada, discrecional y técnica, nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., actualizada y ampliada, LexisNexis/De Palma, Buenos Aires, 2004, p. 296.

<sup>41</sup> En términos de LÓPEZ-PEÑA, Edmer Leandro, ob. cit., p. 164.

cuyo grado de imprecisión es variable en función del estadio de aquel proceso de integración del ordenamiento”.<sup>42</sup>

Lo hasta aquí expuesto no es un asunto de novedad en el plano jurídico, ya ha sido un tema abordado con anterioridad. A tales efectos, apunta LÓPEZ-PEÑA que:

“Brewer Carias como García de Enterría, reconocerán que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, mientras en la discrecionalidad la administración actúa en el campo volitivo, en los conceptos indeterminados actúa en el campo de lo intelectual, así, se propone que en la discrecionalidad, a menos que contradiga los límites mínimos de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad, no se podrá controlar el aspecto volitivo de la administración, contrario sensu, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados donde ‘siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos’”.<sup>43</sup>

En los elementos aportados radica el principal motivo en el esfuerzo jurídico de sustraer espacios del espectro discrecional: la posibilidad de control judicial absoluto sobre la interpretación que de un concepto realiza la Administración. El vínculo que se crea, a partir de entonces, entre el ejercicio de la potestad y las posibilidades de control sobre ella, magnifica el papel de los conceptos jurídicos indeterminados no solo como supuesto de delimitación, sino como técnica de control de lo discrecional. Y visto desde la perspectiva que nos avoca, el interés público y la interpretación que de él se hace, se convierte en un elemento para el cuestionamiento de las decisiones administrativas.

Sin embargo, y casi tres décadas después, sería “inocente” creer que ciertamente bastan esos elementos para alejar a la Administración de posibles actuaciones arbitrarias amparada en el manto interpretativo de los conceptos jurídicos.<sup>44</sup> Y si bien resulta sumamente complicado ahondar en su contenido

<sup>42</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, Luis ORTEGA ÁLVAREZ, Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Manual de Derecho administrativo*, vol. I, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 605 y 606.

<sup>43</sup> LÓPEZ-PEÑA, Edmer Leandro, ob. cit., p. 154.

<sup>44</sup> El autor LÓPEZ-PEÑA es bastante crítico al respecto, y apunta: “No obstante, la objetividad del interés público sólo es parcial, en la medida que su orientación formal y previa determinante para la actuación del Estado administrador no es salvaguarda para que no se abuse de él, éste sirve para justificar decisiones contrarias a derecho y atentatorias de la sociedad como comunidad humana; justificaciones que brotan de una notable ausencia de contenido expreso de lo que debería entenderse por interés público”. LÓPEZ-PEÑA, Edmer Leandro, ob. cit., p. 14.

e intentar su conceptualización, la precisión de sus límites y sus contornos externos serviría de “brújula” interpretativa.<sup>45</sup>

Más allá del referente constitucional,<sup>46</sup> y de la relación Estado-Administración, nos parece elemental la precisión del asunto. No basta con la identificación traslativa de los fines de la Administración, vistos como fines del Estado. Y pese a que la directa aplicación e invocación del texto constitucional vendría a zanjar espacios abiertos, es preciso que quede definido, mínimamente, hacia dónde han de dirigirse las miradas para la interpretación de un elemento tan sustancial como el interés general.

“El concepto de interés general opera como cláusula que justifica no sólo la actividad de las Administraciones Públicas, sino la existencia misma del propio Estado. En base al interés general se establecen tributos y tasas, se expropián bienes, se regulan actividades ciudadanas de todo tipo, se imponen sanciones e incluso penas de privación de libertad. Existe una coincidencia general en la idea de que las potestades exorbitantes del Derecho común que el ordenamiento jurídico asigna a las Administraciones Públicas se justifican en el hecho de que la Administración, como persona jurídica, sirve al interés general. Hay por tanto una práctica unanimidad en la idea de para qué sirve el interés general, pero mucho más difícil es decidir qué es el interés general”.<sup>47</sup>

El interés general marca y determina la teleología del Derecho administrativo, la funcionalidad de la Administración Pública y su aporte a la consecución de los fines del Estado. Pese a los elementos aquí abordados, y su comprensión

<sup>45</sup> Justamente porque su esencia radica en que: “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados remite al receptor del enunciado jurídico para que determine su contenido de significado. El legislador realiza voluntariamente esta remisión cuyo objetivo es dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar las reglas jurídicas a las cambiantes circunstancias que definen el contexto de su aplicación”. Así apunta ARA PINILLA, Ignacio, ob. cit., p. 124.

<sup>46</sup> Con este criterio coincidimos plenamente: “Siendo el interés público el móvil de actuar de los poderes públicos y la de la ciudadanía tanto en la dimensión jurídica como política, no es aceptable que previamente la constitución no contenga expresamente y de manera particular lo que puede entenderse por actuar conforme al interés público; una objeción que pudiera hacerse a esta tesis de la formulación, podría ser que al estar anclado el interés público al principio de Estado Social de Derecho, se entendería que el interés público es aceptación de la democracia, satisfacción de fines esenciales, salvaguarda de derechos, cumplimiento de procedimientos y formas, y de ese modo ser innecesaria la determinación en concreto del interés público”. LÓPEZ-PEÑA, Edmer Leandro, ob. cit., p. 171.

<sup>47</sup> ACOSTA GALLO, Pablo, “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 41, 2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5362594>, consultado 18 de abril de 2019.

como un concepto jurídico indeterminado –con la consecuente posibilidad de control de su interpretación– los riesgos son superables, mas no superados. La determinación jurídica de sus rasgos más elementales, de sus manifestaciones externas más visibles, contribuiría, sin dudas, a una mejor interpretación de los derroteros que, en su nombre, impulsa la Administración pública.

# El procedimiento administrativo común, un reto para Cuba al amparo de los nuevos fundamentos constitucionales

---

ORISELL RICHARDS MARTÍNEZ\*

## I. Notas preliminares

El procedimiento administrativo, tradicionalmente asumido como expresión del cauce formal para la actuación de la Administración Pública, representa no solo el camino que debe recorrer el ente público para el cumplimiento de los fines de interés general, sino también el espacio de garantía de protección jurídica de los administrados como principales destinatarios de su actividad. En este último caso, no solo porque les permite apropiarse de las pautas que sirven de referente al ejercicio de la función administrativa, lo que representa *per se* una garantía esencial; sino además, porque también allí se encuentran las bases sobre las que se construyen parte de los mecanismos de defensa de los administrados, lo que se complementa también en las condiciones actuales, con las exigencias para el buen hacer administrativo.

En los marcos de una regulación común, ha quedado asociado a los fines precedentes, la necesidad de simplificación y actualización de los procedimientos administrativos, en correspondencia con la eficacia y eficiencia que debe caracterizar la estructura y funcionamiento de la gestión pública, lo que tributa tanto a la organización administrativa como a la necesidad de optimizar las vías administrativas frente a los retos que impone, permanentemente, la satisfacción del interés colectivo.

En el ámbito jurídico patrio, la inexistencia de una disposición normativa que con carácter general determine las pautas esenciales para la ordenación de los procedimientos administrativos, tiene en los nuevos fundamentos constitucionales un reto esencial para la determinación de criterios comunes que sirvan de base a la articulación de las relaciones jurídico-administrativa en diferentes contextos y espacios de actuación. Todo ello fortalecería los espacios de protección jurídica de los administrados y permitiría una ordenación

\* Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Doctora en Derecho Público (Universidad Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, Paris X). Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

coherente para el ejercicio de la función administrativa, que sin desconocer las individualidades propias de cada materia requiere tratamiento y solución efectiva. Ello ha motivado algunas de las reflexiones en torno a un tema que –aunque poco abordado en contexto nacional– resulta esencial a propósito de las transformaciones que se implementan en el sector público nacional.

## **II. El procedimiento administrativo común: algunos presupuestos para sus análisis desde la uniformidad**

Las nociones asociadas al procedimiento administrativo y su ordenación común han estado vinculadas, en su génesis, a algunos de los referentes que han servido de sustento a las diferentes cuestiones objeto de análisis en sede procesal.

De tal suerte, una nota de obligada referencia histórica explica que como resultado de la noción del Estado de Derecho, la categoría de referencia nació vinculada “al propósito individualista y liberal de poner límites materiales a la actuación del Poder ejecutivo, en quien se veía un heredero directo del Monarca absoluto”;<sup>1</sup> perspectiva desde la cual “se pensó que, al igual que los tribunales, la Administración no solo debía aplicar un derecho sustantivo, material, sino que debía al mismo tiempo hacerlo con arreglo a ciertos trámites y formas establecidas por un derecho adjetivo y formal”.<sup>2</sup> Ello motivó, en sus inicios, el empleo de una técnica procesal que –aunque en muchos casos inconscientemente– dio lugar a lo que se ha denominado procesalización de las vías administrativas y que constituye un referente obligado para la comprensión de la naturaleza jurídica de los procedimientos administrativos.<sup>3</sup> No obstante, y sin desconocer la premisa anterior, la categoría de referencia, en su amplia noción jurídica se apropia de principios y finalidades esenciales, que han permitido su distinción de estos criterios tradicionales y que, por lo general, permiten delimitar los procesos que tienen lugar en sede judicial –para contradecir las decisiones de la Administración Pública– de los procedimientos desarrollados en sede administrativa.

En este sentido, y como se adelantaba en las notas introductorias, los fines del procedimiento administrativo quedan asociados a la ordenación de las relaciones jurídico-administrativas –tomando como presupuesto la legalidad en el ejercicio de su función–, a la garantía de protección jurídica de los administrados y, por último, desde un análisis más reciente, a los fundamentos de la buena administración.

<sup>1</sup> ROYO VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho administrativo*, t. II, corregido por Segismundo Royo Villanova, 21ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 856.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho administrativo español*, t. II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1988, p. 162.

Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos existen para indicar el cauce de actuación de la Administración Pública, a través de las prerrogativas administrativas, lo que supedita dicho ente a lo establecido jurídicamente y estimula el orden para su adecuado funcionamiento y el cumplimiento de los fines de interés general.

En tal sentido, y teniendo en cuenta que la Administración Pública intercambia permanentemente con los administrados, no basta solo con establecer sus pautas de actuación, sino además, los mecanismos de protección jurídica para los casos en los que el actuar administrativo no se corresponda con los fines que dispone el orden jurídico vigente. Así, la existencia del procedimiento administrativo constituye también un mecanismo para la defensa de los administrados en sus derechos e intereses legítimos, como expresión del equilibrio que debe caracterizar esas relaciones entre ellos y la Administración Pública. De esta manera, en la medida que se consagren jurídicamente y se den a conocer los cauces formales para el ejercicio de la función administrativa, así como los mecanismos de protección jurídica frente al incumplimiento de tales, el procedimiento administrativo será un referente obligado para la seguridad jurídica y la transparencia en la articulación de las relaciones jurídico-administrativas.

De este modo, y como se ha argumentado en otros espacios, la protección primera de los administrados frente a la actuación indebida de la Administración Pública se ubica en la sujeción de este ente público al Derecho. En este caso, como ha sido resaltado en varias ocasiones,

“Tan solo el hecho de que la administración está vinculada al Derecho, ya representa una protección del afectado; pues forma parte de la naturaleza del Derecho el limitar, trazar ámbitos de acción y fijar formas de obrar. Autorizaciones sin límite son tan incompatibles con la naturaleza del Derecho, como lo es la renuncia a mínimo de forma, que contiene incluso el llamado acto administrativo informal. El que el Derecho limite así el actuar de la Administración, vinculándolo a la vez a determinadas formas, tiene, naturalmente, un efecto protector para la persona afectada”.<sup>4</sup>

En esa línea de razonamiento, a la idea del procedimiento medio conviene adicionar su condición más reciente como espacio para el logro de la *buena administración*. A tales efectos, como reconoce PONCE SOLÉ, en la ordenación de los procedimientos administrativos:

“La Administración no puede elegir cualquier solución –como reconoce– por mucho que emplee criterios extrajurídicos para ello. El ordenamiento jurídico desea que la Administración quiera decisiones que no lo vulneren,

<sup>4</sup> FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 676 y 677.

*pero quiere también que la Administración adopte buenas decisiones, que administre bien en definitiva. Que cuando decida lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales”.*<sup>5</sup>

Lo cual debiera hacerse extensivo a todos los ámbitos de intervención de la Administración Pública, como premisa para la adecuada gestión del interés general, más aún cuando resuelve controversias en su esfera de actuación.

Sobre estas finalidades del procedimiento administrativo conviene significar algunas premisas esenciales a los efectos de la uniformidad en la actuación administrativa. En este sentido, y aunque desde el punto de vista doctrinal son disímiles los criterios para su ordenación metodológica y sus diferentes clasificaciones, es necesario distinguir el procedimiento administrativo diseñado, por un lado, para la creación de las relaciones jurídico-administrativas y, por otro, para la revisión de las decisiones en ese ámbito de actuación de la Administración Pública. En el primer caso –también conocido como procedimiento administrativo de formación– se trata del “conjunto de actos necesarios para arribar al dictado del acto administrativo definitivo”;<sup>6</sup> mientras que el segundo, que aparece una vez finalizada la primera etapa, está concebido a los efectos de permitir el control de legalidad u oportunidad de los actos que incidan en los derechos de los destinatarios.<sup>7</sup>

Por su parte, la ordenación común de estos procedimientos explica que en los casos de los de naturaleza impugnatoria, además de la existencia de un cauce formal para su desarrollo, se requiere del inicio a instancia de parte interesada. En tal sentido, queda limitada la competencia administrativa para iniciar de oficio este tipo de procedimientos; cuestión que indica un tratamiento diferenciado respecto a la actuación de la Administración Pública en lo que a la tramitación y resolución se refiere, al tiempo que se deja en manos de los administrados la posibilidad de incoar esta vía.

No obstante lo anterior, y como hemos significado en otros espacios,<sup>8</sup> es importante destacar que se trata de dos momentos en la ordenación del ejercicio de la función administrativa, que, con independencia de sus elementos distintivos, no es óbice para concebirlos en total aislamiento uno del otro. Téngase en cuenta

<sup>5</sup> PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 127.

<sup>6</sup> CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 2ª ed., actualizada y ampliada, Astrea-Ediciones RAP, Buenos Aires-Bogotá, 2014, p. 105.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Un estudio detallado a este respecto puede verse en RICHARDS MARTÍNEZ, Orisell, *Los recursos administrativos en Cuba. Fundamentos teóricos de su régimen jurídico*, colección Tesis, Ediciones ONBC, La Habana, 2017.

que para el desarrollo del procedimiento de impugnación es necesario que se produzca un procedimiento previo para constituir el acto administrativo que en el futuro pudiera ser objeto de cuestionamiento, lo que constituye una premisa esencial para la comprensión de los recursos administrativos.<sup>9</sup>

En este sentido, la regulación de elementos comunes para la ordenación de las relaciones jurídico-administrativas determina pautas generales en lo que a la creación del acto administrativo se refiere, así como a las vías para la impugnación de estos. Desde estas premisas, y aunque ha sido diseñado como instrumento de racionalidad en la actuación de la Administración Pública –lo cual no lo deja exento de constituir una fuente del “papeleo y de muchas ineficiencias”–, el procedimiento administrativo se ha visto marcado por la permanente necesidad de simplificación en aras de una mejor cumplimentación de los fines de interés general.<sup>10</sup> Es así que resulta evidente la tendencia a la unificación y al propio tiempo, la simplificación del procedimiento administrativo, lo que ha servido de pauta al mejor hacer administrativo, frente a regulaciones sectoriales que limitan los ámbitos de actuación de la Administración Pública.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> “Si bien la distinción es real, y representa dos momentos distintos del íter procedimental, no se puede erigir ninguna de ellas en una categoría jurídica distinta, ni tampoco una de ellas puede absorber el contenido, *in integrum*, del procedimiento administrativo como exclusión de la otra. “El procedimiento de impugnación es también, a su vez, un procedimiento de producción o constitución de nuevos actos administrativos que deciden la impugnación.

“Por otra parte, los principios jurídicos son comunes en cualquiera de las etapas procedimentales. Es incorrecto afirmar que son dos procedimientos distintos. Son dos etapas de un procedimiento único con un solo régimen jurídico, aunque se distingan momentos y a las etapas se las llame de distinto modo: de ‘constitución’ y de ‘impugnación’, de ‘primer grado’ y de ‘segundo grado’”. Ver DROMI, Roberto, *El procedimiento administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 111 y 112.

<sup>10</sup> Véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, ob. cit., p. 480. Otros trabajos sobre este particular pueden consultarse en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “De la simplificación de la Administración Pública”, en *Revista de Administración Pública*, No. 147, septiembre-diciembre, 1998, pp. 7-37; TORNOS MAS, Joaquín, “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, en *Revista de Administración Pública*, No. 151, enero-abril, 2000, pp. 39-76, y CIERCO SEIRA, César, “La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”, en *Revista de Administración Pública*, No. 152, mayo-agosto, 2000, pp. 358-420. Desde una perspectiva más reciente, puede verse también MÍGUEZ MACHO, Luis; Marcos ALMEIDA CERREDA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, “La simplificación de los procedimientos administrativos”, *Actas del IX Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Santiago de Compostela, 2014.

<sup>11</sup> A partir de la segunda mitad del siglo XX, se destacan en el ámbito iberoamericano las disposiciones normativas que en un cuerpo único ordenaron el procedimiento administrativo. Entre los países punteros del área se destacaron España (1958), Perú (1967), Argentina (1972), Uruguay (1973), Costa Rica (1978), Venezuela (1982) y Colombia (1984). Un estudio comparado sobre la codificación de los procedimientos administrativos puede verse en BREWER CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid 1990, p. 437 y ss.

En consonancia con las valoraciones precedentes, resultan notables criterios generales que sirven de referencia tanto para el inicio, como para la tramitación y resolución de estos procedimientos, lo que se refleja desde los principios que permiten impulsar de oficio los procederes administrativos —en los casos en que prospere— hasta el informalismo, también denominado por algunos como formalismo moderado, que repercute no solo en la simplificación, sino también en el mejor hacer administrativo. Algunas de estas cuestiones, objeto de análisis para Cuba y que pueden tener su fundamento en el nuevo texto constitucional, son esenciales a los efectos de promover el perfeccionamiento de la gestión pública en sede nacional.

### **III. Constitución y procedimiento administrativo en Cuba: una mirada desde los nuevos fundamentos constitucionales**

En el contexto cubano, la existencia de un panorama de diversas disposiciones normativas de distinto orden jerárquico, que en ocasiones resultan insuficientes para la articulación de los procedimientos administrativos en general y de impugnación, en particular, implica —por su contenido y alcance— un tratamiento diferente respecto de la actuación administrativa, así como de la protección jurídica de los administrados. A lo anterior se adiciona la inexistencia de un orden común para la regulación de los procedimientos administrativos, lo que limita los espacios para ordenar con criterio general —en los casos en los que en el orden particular no tenga solución o no se pronuncie—, restringe el uso de principios generales de actuación en sede administrativa y a la vez, constituye un límite al acceso pleno a la vía recursiva, en tanto queda a las regulaciones particulares la determinación de la posibilidad de interponer recursos administrativos en algunos espacios donde interviene la Administración Pública; todo lo cual representa un reto en las condiciones actuales de transformación y perfeccionamiento del sector público cubano.

No obstante, el fundamento constitucional que reconoce para Cuba el “Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva”<sup>12</sup> introduce un referente obligado que incorpora una nueva mirada para la organización estatal, así como la ordenación de las relaciones entre los entes públicos y los particulares, con

<sup>12</sup> Véase artículo primero de la Constitución de la República de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 5, de 10 de abril de 2019.

especial atención en la Administración Pública y, en consecuencia, la articulación de las relaciones de naturaleza jurídico-administrativas.

En este sentido, el valor normativo de la preceptiva constitucional<sup>13</sup> abre un espectro de análisis desde la imperativa observancia al principio de legalidad, como premisa informadora de la actividad administrativa, en pos del bienestar no solo colectivo sino también individual. Todo lo cual se erige, esencialmente, como fundamento consustancial a la ordenación de los procedimientos administrativos que le sirven de base al texto constitucional, lo que implica no solo la obligatoriedad de sujeción a sus postulados, sino además, la necesidad de velar por que en el ejercicio de la función administrativa no se irrespeten sus contenidos; implicaciones que repercuten también en los mecanismos diseñados para la protección jurídica de los administrados en sus relaciones con la Administración Pública.

En esta línea de análisis, aunque el texto constitucional no dedica un espacio en específico a la regulación jurídica de los procedimientos administrativos de manera común, al menos en su connotación más actual, con especial acierto introduce algunas pautas novedosas respecto al texto del 76, que permiten colegir la ordenación de las relaciones jurídico-administrativas, así como los mecanismos de defensa de los administrados frente a la actuación de los entes públicos. De esta forma, referencias al debido proceso –del que se ha derivado, para el ejercicio de la función administrativa, el debido procedimiento administrativo–, referencia a la tutela efectiva –o la que se ha hecho extensiva, asimismo, al ámbito procedimental–; es un camino que recién se inicia y que al propio tiempo, viabiliza la posibilidad de ordenar, en buena medida, desde nuestro contexto nacional y a través de una disposición normativa –con carácter general–, las reglas que puedan servir como referente común a la actuación de la Administración Pública en nuestros predios; cuestión que en nada limita, por la propia naturaleza de las diferentes actividades administrativas, la posibilidad de mantener una regulación jurídica a través de disposiciones normativas inferiores que sirven de base a la articulación de estos procedimientos, aunque desde una perspectiva sectorial.

En esta línea de razonamiento, y en correspondencia con los fundamentos de base del acápite anterior, algunos referentes constitucionales resultan esenciales para el logro de este propósito. Tal es así que de la propia derivación de la noción de “Estado socialista de derecho y justicia social” germina como fundamento primero el principio de legalidad, en tanto elemento transversal para la ordenación de los procedimientos administrativos, no solo como cauce, sino también como límite de la actuación administrativa. Así, el art. 9

<sup>13</sup> PRIETO VALDÉS, Martha, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 31, 2008, p. 9.

constitucional dispone claramente que: “Cumplir estrictamente la legalidad socialista es una obligación de todos. Los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, además, velan por su respeto en la vida de toda la sociedad y actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias”, lo que se vincula también con los fundamentos que desde la supremacía constitucional se mandatan para todos”.<sup>14</sup>

Desde esta perspectiva de análisis, y en correspondencia con la tesis de que en el procedimiento radica no solo el medio para que la Administración Pública actúe, sino también los mecanismos de protección jurídica para los principales destinatarios de su actuación, resalta de la sistemática constitucional la incorporación en el Capítulo VI del Título V, dedicado a la garantía de los derechos, algunas de las pautas para la ordenación de los procedimientos administrativos en general.

En esta línea de análisis, el art. 94 constitucional dispone, *prima facie*, que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, lo que abre la posibilidad de protección general no solo en sede contenciosa, sino también en lo que se refiere a las pautas de ordenación de lo que se le ha denominado debido procedimiento en sede administrativa.

En consonancia con ello, sigue desarrollando el precepto constitucional los derechos para las personas que como garantía de la seguridad jurídica, pueden verse contenidos en estos preceptos; así, pueden resaltarse, la igualdad –como correlato del 13 inciso d constitucional–, la asistencia jurídica, el derecho a aportar medios de prueba y solicitar la exclusión de aquellos que se determine, el acceso a tribunal competente, el derecho a una resolución fundada, a interponer recursos, a un proceso sin dilaciones indebidas, así como a la reparación por daños de diferentes concepto con su respectiva indemnización.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Véase art. 9 de la Constitución de la República de Cuba, ob. cit.

<sup>15</sup> La referencia textual del art. 94 dispone que: “Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

- a) disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte;
- b) recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene;
- c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido;
- d) acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda;
- e) no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal;
- f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan;
- g) tener un proceso sin dilaciones indebidas, y

Todo un diapasón que pone a reflexionar al legislador en función de mecanismos de protección jurídica no solo en sede procesal, sino también, y sobre todo, en materia administrativa, porque aunque desde lo técnico-jurídico pudieron haber quedado relacionados en acápites independientes, lo cierto es que el mandato de garantía constitucional abre una nueva etapa en la articulación de los procedimientos, dejando pautas indispensables para su regulación y en especial, un camino en los criterios de base para su ordenación común.

Por solo significar algunas cuestiones, una mirada general a una parte de estos derechos permite su lectura de entre las exigencias formales para la interposición, tramitación y resolución de los procedimientos administrativos en general, ya sea para los que crean derechos, ya sea para los que permiten la impugnación de tales.

En lo que al inicio y tramitación de los procedimientos administrativos se refiere y teniendo en cuenta que la impulsión de oficio vincula a la Administración Pública con las fases del procedimiento en todas sus formas, hay que significar que a ella corresponde dar curso a las exigencias de la tramitación, lo que explica además el rol que representa en la gestión del interés público. Asimismo, el antiformalismo –o como se prefiere llamar formalismo moderado– “permite cumplir con dichos requisitos de múltiples formas y subsanar su ausencia cuando se produzca, a requerimiento en su caso de la propia Administración”.<sup>16</sup> Ello posibilita, como elemento a significar a favor de estos principios, que el espacio administrativo se convierta en una vía más expedita no solo para la solución de posibles controversias, sino además, para dar cauce natural a su actuación. A este respecto, llama la atención, del art. 94, inciso g, el derecho a tener un proceso sin dilaciones, criterio que aunque pudiera interpretarse limitado a los procesos, debiera hacerse extensivo, asimismo, a la ordenación común de los procedimientos administrativos, más aún si se revisa la sombrilla general de protección que abre, *ab initio*, el 94 constitucional.

Por otra parte, como elemento propio de la vía administrativa, se debe significar la posibilidad de acudir por sí –máxime las condiciones que caracterizan los procedimientos administrativos– o por medio de representación letrada, criterio interesante en lo que se refiere a la valoración de la protección jurídica de los administrados y al adecuado funcionamiento administrativo; lo que refuerza el principio de formalismo moderado que debe caracterizar también

---

h) obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba”. Constitución de la República de Cuba, ob. cit.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 832. En esta línea de razonamiento, resulta interesante el reconocimiento expreso en el art. 1 a este principio, en la Ley 19.549, Ley de Procedimiento Administrativo de Argentina, en el entendido de la “excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente”.

estos procedimientos, sobre todo en pos de que este espacio se convierta en una vía más expedita para la solución de posibles controversias. No obstante lo anterior, lo cierto es que el art. 94 constitucional, inciso b, para bien está reforzando la garantía de asistencia jurídica en los casos que se requiera por la persona interesada, lo que representa una protección adicional, fundamentalmente por las complejidades que en el orden técnico pudieran generar estos procedimientos. Ello pudiera hacerse extensivo en la defensa, que no significa obligatorio su uso de forma permanente, tanto para los procedimientos administrativos en general como los de impugnación en particular.

En otro sentido, el procedimiento administrativo termina de manera tradicional con la emisión de la voluntad de la Administración Pública, exteriorizada por medio de un acto administrativo. Sobre este particular, cobra importancia que en las relaciones jurídico-administrativas no basta con que la Administración Pública conteste, debe hacerlo en el tiempo establecido y conforme a las exigencias formales, a lo que habría que adicionar la valoración íntegra de las peticiones formuladas por los administrados; criterio que completaría sus mecanismos de protección jurídica y, al propio tiempo, la satisfacción del interés general.<sup>17</sup>

De lo que se trata en definitiva es que la motivación sea expresión de “la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada”.<sup>18</sup> Ello trasciende la mera exposición de motivos y se extiende a la argumentación de tales, así como a la finalidad de los actos administrativos, como presupuesto indispensable para la adecuada cumplimentación de los intereses generales.

En este sentido, el art. 94, inciso e, establece la imposibilidad de que una persona pueda ser privada de sus derechos por resolución que no sea fundada de autoridad competente o por sentencia firme de tribunal, supuesto que aunque pudiera restringirse a la limitación de derechos, exige el reconocimiento de criterios argumentados y razonados a este respecto.

En relación con lo anterior, resalta por vez primera desde la perspectiva constitucional el reconocimiento al derecho a interponer recurso administrativo,

<sup>17</sup> En torno a las consecuencias negativas de este fenómeno, desde el derecho de petición se ha reconocido que: “Aun mediando respuesta expresa, la Administración puede violar este derecho: la decisión tardía, es decir, aquella emitida fuera del lapso de decisión, entraña una violación al derecho a obtener respuesta oportuna. La decisión que no valora globalmente la petición formulada, también violará ese derecho, en tanto la Constitución garantiza (de manera novedosa, como recuerda CARRILLO ARTILES), el derecho a la respuesta adecuada, es decir, la respuesta que es congruente con la previa petición”. Véase HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *Lecciones de procedimiento administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2012, p. 258.

<sup>18</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, t. III – *El acto administrativo*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, pp. X-15.

en el art. 94, inciso f, lo que implicaría también en su resolución una sustanciación y argumentación suficiente como garantía del debido procedimiento en sede administrativa. En lo que se refiere a la tramitación de los recursos administrativos, dos cuestiones merecen destacarse en el ámbito constitucional. Por un lado –y en el entendido de que la interposición de un recurso administrativo hace nacer un procedimiento administrativo de naturaleza impugnatoria–, debe señalarse la regulación constitucional en el Capítulo I del Título VI, de los principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales, entre los que destacan –con especial significación para el procedimiento administrativo– las relaciones entre los diferentes órganos; premisa que resulta esencial para su posterior regulación en leyes de desarrollo, sobre todo si se tiene en cuenta que los procedimientos administrativos tienen una propensión al diseño de mecanismos de control.<sup>19</sup> Por otro lado –y sobre todo a los efectos del futuro perfeccionamiento de la regulación de los recursos administrativos–, se destaca el derecho a dirigir quejas y peticiones con un contenido y alcance desde el punto de vista técnico-jurídico. A este respecto, y en el marco de los procedimientos administrativos, el reconocimiento de estos derechos, que aunque diferente a los recursos administrativos, tiene sus bases en la posibilidad de peticionar a la Administración Pública frente a posibles irregularidades que pueden ocurrir en los diferentes momentos del procedimiento administrativo.

Claro, para estos casos, y como se establece claramente en el art. 61 constitucional, también hay un mandato expreso que reconoce no solo el derecho, sino además, la obligación de tramitar y ofrecer respuestas oportunas, pertinentes y fundamentadas en el plazo y según el procedimiento establecido en la ley. Lo anterior implica el derecho a exigir de las autoridades administrativas un comportamiento no de cualquier tipo, sino uno oportuno, pertinente y fundamentado conforme a la preceptiva constitucional. Asimismo, complementa la anterior la exigencia de un plazo que, aunque indeterminado, adquiere un significado particular para la tramitación y resolución de los recursos administrativos. Por otra parte, aunque se elimina la condición de plazo adecuado, respecto al texto del art. 76, lo cierto es que no puede perderse de vista que se trata de una cuestión que atraviesa por la proporcionalidad y la razonabilidad administrativa, y que en ningún caso puede dejarse a la espontaneidad de la Administración Pública, máxime por su trascendencia para el adecuado funcionamiento de dicho ente público.

<sup>19</sup> Véase el art. 101 del texto constitucional, cuando reconoce que: “Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan en las reglas siguientes:

e) las disposiciones de los órganos estatales superiores son obligatorias para los inferiores; f) los órganos estatales inferiores responden ante los superiores y les rinden cuenta de su gestión; [...]”.

Visto lo anterior, y en el marco de los procedimientos administrativos impugnatorios, se puede colegir que no queda solo al aparato estatal los mecanismos para promover el control de la actividad de la Administración Pública, sino que resulta indispensable poner en manos de los administrados los medios para la defensa *per se* de sus derechos, donde los recursos administrativos tienen un espacio esencial, cuya adecuada implementación puede ser una apuesta segura por la protección de los derechos ciudadanos frente al aparato administrativo, la eficacia y eficiencia en la actividad de control de la Administración Pública, así como el cumplimiento de los fines de interés general.

En igual sentido, la ordenación común de los procedimientos tiene en el principio de igualdad un elemento esencial para su adecuada articulación y que en nuestro país puede leerse en los fundamentos de la igualdad no solo como derecho, sino —como en este caso— en tanto presupuesto para el disfrute de otros derechos.<sup>20</sup> Para los efectos de los recursos administrativos esta igualdad no debe interpretarse solo como el reconocimiento de la posibilidad de recurrir, sino también como igualdad en la tramitación y resolución de las controversias en este ámbito de actuación, cuestión que debe tenerse en cuenta en relación con la regulación actual en sede de recursos administrativos. Este elemento adquiere una connotación especial para la cumplimentación de los fines de interés general y se traduce en beneficio de los administrados, lo que debe hacerse extensivo a la articulación de los procedimientos administrativos en general.

En esta cuerda de análisis y como complemento de las valoraciones precedentes, especial atención merece la referencia del art. 10 constitucional, cuando dispone que los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados están obligados a respetar, atender y dar respuesta al pueblo, mantener estrechos vínculos con este y someterse a su control, en las formas establecidas en la Constitución y las leyes, lo que se hace extensivo también para la actividad de la Administración Pública en sus diferentes esferas de actuación. De esta forma, corresponde a dicho ente público respeto, atención y respuesta, y como correlato de ello, la posibilidad de ser objeto de control, a través de las vías que se articulen para la garantía de cumplimiento de los fines de interés general.

Como correlato de lo anterior, puede resaltarse además el derecho de los ciudadanos a acceder a la reclamación de sus derechos tanto en sede administrativa como judicial, cuestión que tiene repercusión también en la articulación de los procedimientos administrativos. A este respecto, se reconoce en el art. 98 constitucional que toda persona que sufiere daño o perjuicio,

<sup>20</sup> Algunas valoraciones en torno a la igualdad desde ambas perspectivas pueden encontrarse en VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, “Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (comps.) *et al.*, *Temas de Derecho constitucional cubano*, 2ª reimp., Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2004, p. 322.

causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado, con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley. En estos casos, aunque habrá de tenerse en cuenta como premisas fundamentales la actuación indebida causante del daño o perjuicio, así como el reconocimiento del derecho a reclamar y obtener la correspondiente indemnización, quedan al desarrollo *ex lege* los contenidos constitucionales, lo que, por supuesto, deja a estas regulaciones la ordenación de los criterios conforme a los que resulta indebida la actuación y, al propio tiempo, el alcance de la reparación o indemnización.

A este respecto, el derecho a reclamar, amén de trascender al ámbito de la responsabilidad patrimonial en sede administrativa, puede adquirir una especial virtualidad jurídica para los efectos de los recursos administrativos, sobre todo en la detección de las posibles irregularidades o defectos que en las diferentes fases de la tramitación de los procedimientos impugnatorios pudieran detectarse. Este criterio debiera ser objeto de valoración, en el entendido de que no basta solo con el reconocimiento del derecho a impugnar la decisión administrativa, sino además —y ante la inadecuada actuación de un sujeto público— a reclamar por que se restablezca en estos casos el derecho quebrantado y se proceda, en consecuencia, a la indemnización y reparación de tal, como expresión primera de un mecanismo efectivo para la protección jurídica de los administrados y en segundo lugar, como un criterio fundamental en pos de promover la adecuada actuación administrativa. Claro, justo es reconocer que el precepto de referencia no cuenta aún con un procedimiento administrativo diseñado a estos propósitos, lo que pudiera limitar su condición de fundamento para la instrumentación de algunas reclamaciones en el ámbito jurídico nacional.

En otro sentido, y sobre la base del estrecho vínculo de la justicia administrativa con la funcionalidad de los recursos administrativos en sede patria, así como de las relaciones que desde el punto de vista técnico-jurídico se establecen entre el procedimiento administrativo y el proceso que tiene lugar en la vía judicial; debe significarse no solo la exigencia de agotamiento de la vía administrativa como presupuesto obligatorio, en tanto regla general para el acceso a la justicia,<sup>21</sup> sino además como medio de protección de los derechos que pudieran verse afectados frente al actuar administrativo. A este último respecto, resalta también el reconocimiento del art. 99 constitucional, que dispone:

“La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufriere daño o perjuicio por órganos del

<sup>21</sup> Criterio sobre el cual se pronuncia la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977, modificada por el Decreto-Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006.

Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización. La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento”.

Lo anterior tiene implicaciones para la posible limitación de algunos derechos y pudiera, en determinados supuestos, conectar con los procedimientos administrativos y los derechos que genera.

Finalmente, deben resaltarse, asimismo, de la preceptiva constitucional dos cuestiones propias de los procedimientos administrativos. Por una parte, lo que se refiere al derecho al acceso información y, en relación con ello, a otras cuestiones vitales asociadas a la transparencia, como condición esencial tanto para la ordenación de los procedimientos como para los mecanismos de protección jurídica de los que son parte de ellos. Así, se dispone en el 53 constitucional que:

“Todas las personas tienen derecho a solicitar y recibir del Estado información veraz, objetiva y oportuna, y a acceder a la que se genere en los órganos del Estado y entidades, conforme a las regulaciones establecidas”.

A tales efectos, el acceso a la información de interés general se convierte no solo en derecho, sino en condición esencial para el adecuado funcionamiento y actividad que resulte del ejercicio de la función administrativa, en tanto garantiza acceso y transparencia.

En correspondencia con lo anterior, el art. 101, inciso h, de la Constitución vigente reconoce entre los principios que informan la estructura y funcionamiento del aparato estatal que los órganos del Estado, sus directivos y funcionarios actúan con la debida transparencia, lo que se fundamenta como condición transversal a la ordenación jurídica de las fases del procedimiento administrativo. Todo lo cual se erige en referente obligado para el control que también se desarrolla en el ámbito administrativo, así como el que tiene lugar desde otras esferas de actuación.

#### **IV. Una idea conclusiva**

Por último, hay que significar que en las consideraciones precedentes radican parte de los fundamentos que, desde el vigente texto constitucional, conducen a repensar la actual regulación sectorial de los procedimientos administrativos. En este sentido, algunas de las bases ya mencionadas justifican la necesidad de conducir a una homogeneidad en la articulación de los procedimientos

administrativos –como hemos reconocido en otras ocasiones–, no solo porque ello constituya una tendencia en el contexto iberoamericano, no solo porque haya sido también parte de la tradición procedimental cubana durante casi dos siglos y represente una necesidad hoy desde el ámbito nacional, sino además –y sobre todo–, porque es una premisa indispensable para simplificar la tramitación de los procedimientos y de los recursos administrativos en favor de la eficacia y la eficiencia de la actividad de la Administración Pública cubana, así como para promover la mayor garantía de seguridad jurídica y confianza de los administrados en ellos.

# Potestad disciplinaria de la Administración Pública: aspectos teóricos generales\*

---

YILEISYS MARTÍNEZ GARCÍA\*\*

*“... si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario, si los ángeles gobernarán 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 mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regulen a sí mismo [...]”.*

James MADISON

## I. Las potestades administrativas: perspectiva general

Según SUÑÉ LLINÁS, en una perspectiva amplia de la idea de *potestad*:

“La potestad es poder político y, por lo tanto, con vocación organizadora de un conjunto social, que forma parte de la soberanía, estando más allá del Derecho cuando ésta es potencial, y que entra en el mundo de lo jurídico al normalizarse el poder soberano en Constitución, para ser distribuida por ésta entre los órganos depositarios de la soberanía, uno de los cuales (el Parlamento) puede normalmente matizar esta primera distribución y, a través de una trascendental potestad propia –cual es la legislativa–, puede también definir y dar validez en los casos concretos al derecho subjetivo, así como matizar en los límites constitucionales el alcance de las potestades atribuidas a los demás órganos depositarios de la soberanía e, incluso, proceder a otorgarles positivamente nuevas potestades, las cuales pueden ser objeto de una nueva distribución interna en cada organización de poder

\* La fecha de terminación de este trabajo es anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 2019, por lo que las referencias que aquí se realizan a la preceptiva constitucional cubana corresponden a la Constitución de 1976, con las modificaciones de 1978, 1992 y 2002.

\*\*Licenciada en Derecho (Universidad de Artemisa). Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2018). Fiscal de la Fiscalía Provincial de La Habana.

estatal compleja, si ésta tiene potestad reglamentaria, y siempre (al tenga o no) a través del mecanismo de la competencia”.<sup>1</sup>

La Administración Pública, en el ejercicio de la función administrativa, se desempeña para el cumplimiento de sus fines, sobre la base de un grupo de poderes jurídicos que le es otorgado por el ordenamiento jurídico y por el que se concreta el poder del Estado o el poder público.

La idea de potestad fue trabajada por el italiano Santi ROMANO, y a partir de sus aportaciones, se ha desarrollado toda una construcción de esta como categoría jurídica.<sup>2</sup>

En un sentido más contemporáneo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ explicaban que:

“... la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (nominalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio), o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción *stricto sensu* o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica), pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma. No hay, por ello, frente a la potestad un sujeto obligado, sino una –situación pasiva de inercia– (GIANNINI), que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar

<sup>1</sup> SUÑÉ LINÁS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 1369.

<sup>2</sup> Ver ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Amministrativo*, terza edizione riveduto, CEDAM, Padova, 1937, p. 139 y ss., especialmente la voz “Poderes. Potestades”, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, ed. al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2002, p. 221 y ss.

que tales efectos se produzcan y que eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido”.<sup>3</sup>

Para DE LA CUÉTARA:

“... el primer y principal carácter de toda potestad es que produce un cambio en la esfera jurídica de sujetos distintos de quien la actúa, cambio que es totalmente independiente de la voluntad de dichos sujetos. En otras palabras, la potestad se caracteriza porque *proyecta efectos sobre terceros con independencia de su voluntad*”.<sup>4</sup>

De esas referencias conceptuales puede extraerse que las potestades administrativas son distintas de los derechos subjetivos que la Administración Pública puede tener como sujeto de una relación concreta.

Potestad y derecho subjetivos son especies de un mismo género: los poderes jurídicos, que, en sentido amplio, se asumen como “[...] facultades de querer, conferidas por el ordenamiento a determinados sujetos [...]”.<sup>5</sup> Un punto distintivo entre ambos es que el derecho subjetivo se origina en una relación jurídica concreta y recae sobre un objeto cierto y determinado; mientras que la potestad proviene directamente del ordenamiento jurídico y reviste un carácter genérico.

Por esa procedencia del ordenamiento jurídico y por su planteamiento genérico, las potestades jurídicas administrativas no resultan dependientes, existencial y funcionalmente hablando, de su reconocimiento en la letra de un acto de voluntad de partes intervinientes en una relación concreta, pues ese acto lo que hacía es particularizar para un caso dado (el de la relación en cuestión) la potestad de que se trate. Por su relación con el ordenamiento jurídico, una potestad administrativa es independiente de la voluntad de las partes de un acto administrativo; no surge o nace de ese acto, ni puede ser renunciada o excluida por éste. Esos poderes de actuación deben nacer como consecuencia de la habilitación normativa, como manifestación de la

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 17ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 466. Un estudio cubano puede verse en ARIAS GAYOSO, Grethel, “Las potestades administrativas. Apertura y cierre del ejercicio del poder público”, en Andry Matilla Correa (coord.), *Tendencias actuales del Derecho administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra*, UNIJURIS, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2017, p. 124 y ss.

<sup>4</sup> DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 40.

<sup>5</sup> LARRAÑAGA ALFARO, Luis A. y José R. SARAVIA ANTÚNEZ, *Teoría jurídica del administrado*, Editorial y Librería Amalio Fernández, Montevideo, 1981, pp. 49 y 50.

aplicación del principio de legalidad,<sup>6</sup> mecanismo a través del cual se atribuye dicha potestad a la Administración.

Entre los estudios se señala, como pacífico, que toda potestad jurídica (y por ello, toda potestad jurídica administrativa) tiene como características las de ser: inalienable, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.<sup>7</sup>

Según puede extraerse de lo dicho, toda potestad administrativa implica una posibilidad de actuación, que resulta a su vez un deber de actuación, es un poder-deber, que sujeta a la Administración Pública en función del cumplimiento de sus fines. Por ello, como es bien conocido, se dice que toda potestad jurídica-administrativa genera una posibilidad de actuación y, a su vez, un deber de actuación del que la entidad administrativa que la ostenta no puede sustraerse de actuar cuando así proceda, en tanto resultan medio y garantía para el cumplimiento de los fines públicos que determinan el fenómeno jurídico administrativo.

Como se ha reconocido, la potestad es un medio jurídico que habilita a su titular para imponerse sobre otros determinando su comportamiento (o para influirles condicionando su actividad). La titularidad de potestades es un signo de la supremacía que el ordenamiento jurídico confiere a algunas personas o instituciones (en el caso que aquí interesa las Administraciones Públicas), y del correlativo sometimiento de quienes están sujetos a su ejercicio (los ciudadanos en el contexto que aquí se describe).<sup>8</sup>

Por otro lado, desde el punto de vista de su configuración, de su contenido y de los efectos que pueden resultar de ella, las potestades administrativas pueden ser diversas: discrecional, reglada, reglamentaria, organizatoria, expropiatoria, sancionadora, disciplinaria, entre otras.<sup>9</sup>

## II. La noción de potestad disciplinaria

Decía SUAY RINCÓN, a propósito de la potestad disciplinaria, que:

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho... I*, ob. cit., p. 435.

<sup>7</sup> Por todos, ROMANO, Santi, *Corso...*, ob. cit., p. 144; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho...*, I, ob. cit., p. 479 y ss.; LARRAÑAGA ALFARO, Luis A. y José R. SARAVIA ANTÚNEZ, *Teoría jurídica...*, ob. cit., p. 50.

<sup>8</sup> BLANQUER, David, *Introducción al Derecho administrativo*, 2ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 107.

<sup>9</sup> Ver lo que se desarrollaba sobre las *prerrogativas administrativas*, pero que puede ser aplicado a las potestades de la Administración Pública, en SARAVIA ANTÚNEZ, José R., *Las prerrogativas de la Administración Pública*, Ediciones Jurídicas, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1983, p. 20 y ss.

“La primera característica que habría de destacar de esta potestad es que el ordenamiento jurídico la otorga, indiferenciadamente, a una muy amplia y heterogénea gama de sujetos de derecho, tanto públicos como privados. Prácticamente podemos decir que el ordenamiento jurídico (bien de forma directa el del Estado, bien el particular de cada organización, con la anuencia del Estado) dispone su atribución a favor de cualquier grupo social, con tal de que éste esté mínimamente organizado. Incluso, a favor de la familia que, como es sabido, constituye la unidad social básica, pues no otra cosa es el poder que los padres tienen de corregir a los hijos”.<sup>10</sup>

A pesar de esa visión amplia, en esta investigación lo que interesa es la potestad disciplinaria de la Administración Pública hacia los agentes que se integran en su organización, personificándola.

Lo primero que debe precisarse cuando se realiza un acercamiento al estudio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, es que ella comparte, como potestad administrativa al fin, las líneas generales de esa categoría.

Sin embargo, no es necesario advertir que esta configuración, como potestad, no ha sido acogida unánimemente por la doctrina y ha habido autores que se han mostrado contrarios a un encuadramiento de ese tipo en un sentido estricto. En esa última orientación, por ejemplo, decía el argentino GOANE:

“Tampoco me parece que, en estricto sentido técnico-jurídico, el poder disciplinario sea una ‘potestad’ administrativa, al modo que lo son las llamadas potestades reglamentaria, de imperio, ejecutiva y la correctiva; en todas éstas, existe la competencia de la Administración para crear relaciones jurídicas que reglan, unilateralmente, conductas y bienes de terceros, en orden a la satisfacción del bien común; tal lo que acontece en las precitadas potestades, todas las cuales constituyen, en razón de su fundamento y finalidad, una participación cualificada del poder estatal, es decir, de la aptitud suprema en su orden para la cual el Estado inviste la necesaria preeminencia sobre sus miembros, a los efectos del logro de su fin específico”.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> SUAY RINCÓN, José, “Potestad disciplinaria”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 1311.

<sup>11</sup> GOANE, René Mario, “El poder disciplinario de la Administración Pública (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)”, en Juan Carlos Cassagne (dir.) *et al.*, *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1023. COMADIRA también destacaba sobre el poder disciplinario que: “Es un poder inherente porque de acuerdo con el criterio de categorización de éstos, constituye un componente propio de la naturaleza o esencia de la organización, en cuanto tal, indispensable para su subsistencia y ejercitable, por tanto, en principio, en interés propio”. Seguidamente este argentino agregaba: “En virtud de esta última circunstancia no es, necesariamente, una potestad en el sentido en que concibieron a ésta la doctrina

Para SUAY RINCÓN:

“Por *potestad disciplinaria de la Administración del Estado* se entiende comúnmente el poder que a ésta le atribuye el ordenamiento jurídico de reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, *los funcionarios públicos*, siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de la relación de servicio que une a éstos con aquélla”.<sup>12</sup>

De acuerdo con lo que aseveraba FIORINI:

“La potestad disciplinaria se distingue como la actividad de la custodia y buen orden de la función y organización de la administración pública sobre sus agentes, correspondiendo su reglamentación al derecho disciplinario [...]”.<sup>13</sup>

En la opinión de René M. GOANE, el poder disciplinario de la Administración Pública es:

“Aquella virtualidad jurídica, de la que está muñida la Administración Pública, para imponer, por medio de sanciones determinadas, una regla de conducta a todos aquellos cuya actividad compromete la misma organización administrativa”.<sup>14</sup>

El uruguayo FLORES DAPKEVICIUS, definía:

“... el Poder Disciplinario como la facultad para aplicar sanciones, mediante un procedimiento especial establecido a esos efectos, con el fin de mantener el orden y correcto funcionamiento del servicio a su cargo”.<sup>15</sup>

---

italiana y española, esto es, un poder jurídico utilizable en interés ajeno”. Ver COMADIRA, Julio R., “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, publicado originalmente en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, los días 28, 29 y 30 de junio de 2000, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001; y consultado por su inclusión en COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, reimp. de la 2ª ed. actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2007, p. 561.

<sup>12</sup> SUAY RINCÓN, José, “Potestad disciplinaria”, ob. cit., p. 1315.

<sup>13</sup> FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho administrativo. Primera parte*, La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1968, p. 600.

<sup>14</sup> GOANE, René Mario, “El poder disciplinario de la Administración Pública...”, ob. cit., p. 1019.

<sup>15</sup> FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *Derecho penal administrativo. El procedimiento disciplinario*, 2ª ed. actualizada y ampliada, AMF Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2004, p. 61. También se ha expresado que la potestad disciplinaria es aquella por la cual un cuerpo social o corporativo puede pronunciar por sí mismo las sanciones represivas apropiadas contra aquellos de sus miembros que perturben el orden interno o desacrediten el cuerpo por ante la opinión pública. Ver ORTEGA POLANCO, Francisco, “Derecho administrativo.

Partiendo de esos conceptos e ideas referidos, se considera definir la potestad disciplinaria de la Administración Pública como aquella potestad administrativa que se le atribuye para aplicar sanciones sobre los funcionarios públicos, mediante un procedimiento especialmente establecido a esos efectos, con el fin de mantener el orden y el correcto ejercicio de la función pública que tiene a su cargo.

A partir de esa definición, y tomando en consideración observaciones de la doctrina a tal efecto,<sup>16</sup> se pueden señalar como elementos característicos para construir esa noción los siguientes:

- a) La de ser una potestad administrativa;
- b) la de que su titular es la Administración Pública;
- c) la necesaria existencia de una relación de función pública o de empleo público con ese matiz (aunque, en una concepción más amplia, hay quien señala el alcance subjetivo de la potestad disciplinaria a otros agentes más allá de los funcionarios públicos estrictamente considerados;<sup>17</sup>
- d) la procedimentalización administrativa de su ejercicio;
- e) implica una conducta violatoria de deberes o prohibiciones por parte del agente que justifica el ejercicio de la potestad;<sup>18</sup>

---

Evolución y perspectivas en la República Dominicana”, *Tesis doctoral*, Universidad Salamanca, 1ª ed., Corripio, Santo Domingo, 2017, p. 296.

<sup>16</sup> Ver lo expuesto en este sentido por PRATS, Julio A., *Derecho administrativo*, t. III – *Los funcionarios públicos*, vol. 1, Acali editorial, Montevideo, 1978, p. 154 y ss., e IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª ed. actualizada, RAP, s.a., Buenos Aires, 2013, p. 97.

<sup>17</sup> El español José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS consideraba, a propósito del *Derecho disciplinario*, que: “... es predicable, no sólo de la función pública, sino de todos aquellos administrados (personas físicas o jurídicas) que se encuentren sometidos a una supremacía especial, y así quedan subordinados a la potestad disciplinaria los funcionarios, el personal no funcionario, los contratistas, los concesionarios, quienes están admitidos en establecimientos-institutos, etc... Otra cosa es que la extensión de aquélla no sea la misma en todos los casos, e incluso el procedimiento de hacerla valer varíe”. Ver GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho administrativo*, t. III, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 964.

<sup>18</sup> Exponía GARCÍA WENK que: “La potestad disciplinaria que obra en el ámbito interno de la Administración Pública, tiene por exclusivo objeto sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes jurídico funcionales [...]”. Ver GARCÍA WENK, Alfredo, “Capítulo XI: Responsabilidad de empleados y funcionarios públicos”, en AA.VV., *Nociones de Derecho administrativo*, 2ª ed., Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1996, p. 267. Ver también, CANDA, Fabián Omar, *Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios políticos*, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 89.

- f) su elemento teleológico viene dado por la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, funcional y estructuralmente considerada.

La noción de potestad disciplinaria aquí esbozada y sus características apuntadas, que indican el alcance de la misma, recuerdan que cuando de este poder se trata en su sentido más amplio, debe distinguirse entre los sistemas de función pública que pueden coexistir en el marco de la ordenación jurídica del personal al servicio de la Administración Pública, que determinarán las particularidades de cada régimen disciplinario.

No está demás decir con MARTÍNEZ MARÍN, quien miraba al supuesto español, que en el ámbito de la función pública (y esto sirve, al menos teóricamente, de aplicación al caso de Cuba):

“... hay dos regímenes disciplinarios diferentes, el propio de los funcionarios y el del personal contratado laboral. Las diferencias son las genéricas de los dos sistemas de función pública: regulación por el Derecho Administrativo o por el Derecho Laboral y su aforamiento contencioso o social. Como consecuencia de estos dos regímenes hay dos listados de faltas y de sanciones y dos procedimientos”.<sup>19</sup>

Es, en definitiva, en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, tal como lo hemos apuntado ya, en el que enmarcamos el alcance de la idea de potestad disciplinaria de la Administración Pública, a los efectos de esta investigación.

### III. Naturaleza de la potestad disciplinaria

Un debate esencial en torno a todo el fenómeno jurídico-administrativo disciplinario ha sido el de determinar su naturaleza jurídica y, dentro de ella, si el poder disciplinario resulta un poder con identidad en relación con el de sustancia penal, con el administrativo sancionador, si tiene identidad propia en relación con estos dos; o si son todos expresión de un mismo fenómeno.

Como bien recogía SÁNCHEZ MORÓN:

“Cuestión distinta es la que se refiere a las relaciones del régimen disciplinario con el Derecho sancionador general, penal o administrativo. Algunas de las infracciones de los deberes del funcionario se sancionan en el Código Penal, mientras que el Derecho sancionador administrativo ha venido desarrollando un esquema de principios y reglas generales, en buena parte

<sup>19</sup> MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico de los funcionarios*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 115.

importadas desde la dogmática del Derecho penal y procesal penal. Por eso la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el Derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo *ius puniendi*, de donde se deduce que les son aplicables *grosso modo* los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del Derecho penal. Son estas tesis las que conviene matizar”.<sup>20</sup>

Este es un tema al que se le han dedicado importantes páginas y análisis, y donde no hay aún un punto definitivo de consenso. Por los objetivos de esta investigación, no es posible detenerse a fondo en esta cuestión; por lo que se hace una remisión a quienes sí han considerado ampliamente el tema,<sup>21</sup> y se tomarán aquí solo unas ideas de base para fijar un punto de partida, a tenor de la complejidad y del reconocimiento que de ello ha hecho la propia doctrina.<sup>22</sup>

La conexión entre la potestad punitiva del Estado (de sustancia penal) y la disciplinaria, se presentó a partir de la relación entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, que algunos autores asumieron como que el segundo (como el Derecho administrativo sancionador) formaba parte del primero.

De esto ha dado cuenta Alejandro NIETO cuando explicaba, en razón del Derecho alemán:

“La formulación clásica de esta teoría se debe a Stock, quien señala tres períodos en la evolución histórica del tema: hasta finales del siglo XVIII no puede apreciarse la menor diferencia entre el Derecho penal y el Derecho

<sup>20</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 7ª ed., Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2015, p. 316.

<sup>21</sup> Un buen resumen de la cuestión puede verse en GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho...*, III, ob. cit., p. 966 y ss.; NIETO, Alejandro, “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, en *Revista de Administración Pública*, No. 63, septiembre-diciembre, 1970, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, y consultado por su inclusión en NIETO, Alejandro, *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 532 y ss.; CASTILLO BLANCO, Federico A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, CEMCI, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial de Granada, Civitas, Madrid, 1992, p. 192 y ss.; y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., *Dogmática del Derecho disciplinario*, 2ª ed. actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 39 y ss.

<sup>22</sup> Para GARCÍA PULLÉS: “La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la facultad disciplinaria de la Administración frente a sus agentes suscita opiniones diversas en la doctrina, que se concretan más tarde en criterios también desiguales para examinar la juridicidad y validez de la actuación administrativa en el ejercicio de sus prerrogativas en este campo”. GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.), *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Viviana Bonpland y Marcelo Ugarte (colab.), 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 387.

disciplinario, ya que éste se encuentra subsumido por completo en aquél; durante la primera mitad del siglo XIX, el Derecho disciplinario consigue separarse del Derecho penal, pero no para independizarse, sino para ir a formar parte del Derecho público del Estado, y, en fin, a partir de entonces el Derecho disciplinario entra en fase acelerada de desarrollo”.<sup>23</sup>

Sin embargo, como se encargó de señalar el propio NIETO:

“Esta progresión cíclica del Derecho disciplinario es enormemente sugestiva; pero no ha podido resistir el análisis de Behmke y debe considerarse arbitraria. La tesis de Stock se basa en el hecho, nunca discutido, de que el *Allgemeines preussisches Landrecht* de 1794 regulaba indistintamente las infracciones penales y las disciplinarias, tipificando éstas en la parte que aquel Código dedicaba al Derecho penal”.<sup>24</sup>

En resumidas cuentas, un importante sector doctrinal ha rechazado la idea de que la potestad disciplinaria (y el Derecho disciplinario) sea una potestad de naturaleza penal, ponderando su carácter administrativo.

Ilustrativo de esto último puede resultar FIORINI, cuando escribía:

“Los reglamentos disciplinarios, más que identificarse con el Código Penal o con el código de instrucción criminal, deben tener más semejanzas con los reglamentos del personal de empresas o fábricas. No se castiga actos delictivos sino el incumplimiento de un deber impuesto por relaciones jurídicas creadas estatutariamente. El acto delictual impone la aplicación de otras normas que juzguen diferente clase de conducta y donde la potestad disciplinaria nada tiene que hacer”.<sup>25</sup>

Otra vertiente ha marcado la vinculación entre la potestad sancionadora y la potestad disciplinaria de la Administración Pública, también en términos de identidad y de subsunción de la segunda en la primera.

<sup>23</sup> NIETO, Alejandro, “Problemas capitales...”, ob. cit., p. 548.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 548. NIETO (p. 548) añadía más adelante que: “[...] En definitiva, el análisis de Behmke puede considerarse de momento como convincente y, en consecuencia, ya no puede admitirse, desde el punto de vista del Derecho alemán, que hasta mediados del siglo pasado el Derecho disciplinario haya formado parte del Derecho penal”.

<sup>25</sup> FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 599. Para BIELSA: “Por su naturaleza y sus efectos, la responsabilidad disciplinaria, aunque tiene carácter penal —en cuanto las transgresiones de esa índole dan origen a penas disciplinarias—, difiere de la responsabilidad penal, en que ella se desenvuelve en las relaciones internas de la jerarquía, al paso que la responsabilidad penal genérase fuera de las relaciones jerárquicas y el juzgarlas es competencia de los tribunales ordinarios. Luego el régimen jurídico de su aplicación es distinto [...]”; BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 5ª ed., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 290.

Para MARIENHOFF:

“La potestad sancionadora de la Administración es la atribución que le compete a ésta para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de éstos contrarios a lo ordenado por la Administración, y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales”.<sup>26</sup>

En el análisis de GARCÍA-TREVIJANO FOS, había que separar dos partes dentro del Derecho administrativo sancionador: la derivada de la supremacía general, que da lugar al que llamaba *correctivo*, y la que procede de la especial, al que denominaba *disciplinario*.<sup>27</sup> Para este español:

“... La naturaleza de la potestad disciplinaria y, por ende, de la responsabilidad y sanción correspondiente, es la misma que la de la potestad punitiva general y de la pena; la sanción disciplinaria es una pena administrativa (acto administrativo) que puede tener fin retributivo o medicinal, pero que participa de su esencia [...]”.<sup>28</sup>

Como puede verse, esta es una tendencia que ha entendido que la relación entre potestad sancionadora y potestad disciplinaria, es de *género-especie*.<sup>29</sup>

Sin embargo, a pesar del predicamento que esa orientación ha tenido, otros la han criticado concluyendo que:

“... la potestad correctiva y el poder disciplinario, ambos de la Administración Pública, no pueden ser considerados como partes subjetivas de una misma especie –la llamada potestad sancionadora– pues difieren formal y esencialmente, tanto en sus respectivos antecedentes lógico-jurídicos, como en sus fundamentos, finalidades y regímenes jurídicos aplicables”.<sup>30</sup>

En esa cuerda de distinción, e introduciendo nuevos matices en la cuestión que ocupa a la investigación, Ramón PARADA significaba que:

<sup>26</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, t. I – *Teoría general*, 4ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 608.

<sup>27</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho...*, III, ob. cit., p. 964.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 969 y 970.

<sup>29</sup> Miriam IVANEGA sostenía que: “Estamos frente a una relación de género-especie que debe respetar las características propias de cada una, en particular por los fines que persiguen y los derechos que se afectan con su ejercicio”. Ver IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria...*, ob. cit., p. 95. Por su lado, GARCÍA PULLÉS, aseveraba: “a de concluirse, pues, que las facultades disciplinarias de la Administración constituyen una de las variables de la potestad sancionatoria, gobernadas por los principios que rigen el ejercicio de estos poderes-deberes [...]”; ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de empleo público...*, ob. cit., p. 387.

<sup>30</sup> GOANE, René Mario, “El poder disciplinario de la Administración Pública...”, ob. cit., p. 1023.

“La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos es aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden sobre sus derechos. Justamente porque la potestad disciplinaria se justifica en la especial relación de poder en que se encuentra sometido de forma voluntaria el funcionario, no tiene un enlace represivo mayor que el de la privación de los derechos de la relación de servicio”.<sup>31</sup>

La proyección y extensión de una línea de pensamiento como la que se refleja en las palabras reproducidas de PARADA, fue lo que llevó a SUAY RINCÓN, desde la realidad española, a considerar en su momento que:

“... hoy es la tesis predominante: el fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración está en la especial relación de poder que liga al Estado con algunas categorías de personas, en nuestro caso, y dada la opción inicial a favor de una concepción estricta de la potestad disciplinaria, con los funcionarios públicos. Es esa especial relación existente entre ambos la que explica y justifica la atribución a la Administración de un poder disciplinario propio, cuyo fundamento, por tanto, es diverso al del poder punitivo del Estado”.<sup>32</sup>

Sin embargo, el mismo SUAY RINCÓN criticaba esta solución diciendo que:

“... la existencia de una relación especial de sujeción no puede justificar la aplicación en materia disciplinaria de una serie de principios diversos de los que comúnmente rigen la actividad punitiva del Estado (sea la que se encomienda a Jueces y Tribunales, sea la que ejerce la propia Administración). Ni es correcto extraer consecuencias jurídicas de un concepto cuyo contenido da lugar a tantos equívocos; ni tampoco cabe deducir de él más conclusiones que las que realmente tiene. Lo primero sería demasiado aventurado; lo segundo, indudablemente, excesivo”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, t. I – *Introducción. Organización administrativa. Empleo público*, 25ª ed. revisada y actualizada (3ª en OPEN Ediciones Universitarias), OPEN Ediciones Universitarias, Madrid, 2015, pp. 679 y 680. Véase cómo se pronunciaba el propio PARADA años antes en su artículo “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en *Revista de Administración Pública*, No. 67, enero-abril 1972, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 46 y 47. También ver: IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria...*, ob. cit., p. 95; FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 45ª ed., revisada y actualizada por Manuel Fraga, Porrúa S.A. de CV, México, D.F., 2006, p. 170.

<sup>32</sup> SUAY RINCÓN, José, “Potestad disciplinaria”, ob. cit., p. 1324.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 1328.

De las posiciones ilustradas, se puede sacar en claro que no ha habido un consenso definitivo en relación con la naturaleza de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, la que puede compartir principios jurídicos de aplicación correspondientes al Derecho penal y hechos extensivos a su ejercicio y al de la potestad sancionadora de la Administración Pública, buscando mayores garantías para los derechos de los ciudadanos (en este caso el que entra en relación de función pública con la entidad administrativa) y una mejor vocación de garantía del interés general.

Para Federico CASTILLO BLANCO:

“Por tanto, la doctrina se plantea con mayor o menor intensidad la de adecuar al Derecho disciplinario a una concepción más garantizadora de los derechos fundamentales, haciendo aplicables al mismo principios que rigen de forma general en todos los órdenes punitivos. Efectivamente una nueva consideración del Derecho disciplinario determina, de un lado, la causalización del Derecho disciplinario, su conexión a bienes jurídicos transgredidos; de otro, aplicarle al mismo los principios que rigen en el orden punitivo. Se podrá discutir la intensidad de aplicación de principios punitivos o las modulaciones que éstos han de sufrir, pero negar su aplicación no es hoy realista [...]”.<sup>34</sup>

Sin dudas, este es un tema en el que debe profundizarse más, con mayor detenimiento, y mejor que los objetivos aquí planteados.

De tal forma, evitando entrar en valoraciones sustanciales, pero que por su alcance ahora pueden devenir en superficiales, baste señalar que la potestad disciplinaria de la Administración Pública se entiende como de naturaleza administrativa, de carácter instrumental (no es fin en sí misma, sino un medio para servir a determinado fin) y cualificada como un poder punitivo, de reacción frente a vulneraciones de la legalidad, de sus deberes y obligaciones asumidos por una persona natural en el marco de una relación (concreta) de función pública.

En cuanto potestad de carácter punitivo, lo cierto es que la potestad disciplinaria de la Administración Pública sobre sus funcionarios públicos es encuadrable dentro del poder punitivo que tiene el Estado para reprimir conductas violatorias de la legalidad; aunque en él concurren matices que no le convierten en la expresión más típica de ese poder punitivo. Considerada entonces con ese carácter punitivo, la ordenación jurídica de esa potestad entraría dentro del marco general de ordenación del poder punitivo del Estado, del cual los autores han predicado su unidad, aunque luego se divida en Derecho penal y Derecho administrativo en razón de los bienes jurídicos a tutelar.

<sup>34</sup> CASTILLO BLANCO, Federico A., *Función pública y poder...*, ob. cit., p. 210.

Como argumentara Belén Marina JALVO:

“... Es obvio que el Derecho disciplinario es uno de los ámbitos más alejados del núcleo central del ordenamiento punitivo público, razón por la cual los matices podrían ser aquí más intensos. Todo lo cual, en ningún caso, autoriza a romper la unidad básica que debe imperar en el citado ordenamiento. Conforme a la idea que aquí ha sido expuesta, ‘si al Derecho disciplinario se le aplican sustancialmente los principios del Derecho penal no es en tanto en cuanto que son Derecho penal sino en cuanto que son Derecho punitivo del Estado’. De este modo, podría prescindirse de los intentos de aproximación o comparación *contra natura* del Derecho disciplinario al Derecho penal. En tanto que Derecho administrativo sancionador, el Derecho disciplinario disfruta de los principios propios de dicho ordenamiento, con los matices que resulten exigidos por su objeto específico”.<sup>35</sup>

El otro aspecto a destacar en cuanto a la naturaleza de la potestad disciplinaria de la Administración Pública es que esta es una potestad de carácter administrativo y por lo tanto ha de ser ordenada jurídicamente por el Derecho administrativo.

En esto, hay entonces una alineación con postulados como los que reflejaba FIORINI con convicción:

“Todo comprueba que el derecho disciplinario estatutario es manifestación de la actividad del poder administrador regulado por normas de derecho administrativo, sea la parte substancial como la parte procesal disciplinaria”.<sup>36</sup>

O, como lo señalaba GOANE:

“... se concluye que la naturaleza del poder disciplinario, es *administrativa*, porque tal es la del deber cuyo incumplimiento determina su ejercicio; dicho deber no es otro que el de colaborar para la eficiencia, el orden y decoro de la organización de la Administración Pública; su naturaleza es, pues, incuestionablemente administrativa y, por ende, la sanción imputada a su incumplimiento, no es de carácter penal, sino administrativa”.<sup>37</sup>

Ese carácter administrativo de la potestad disciplinaria de la Administración Pública y su ordenación por el Derecho administrativo (Derecho disciplinario) hace entonces que no pueda confundirse esta con la ordenación jurídica que resulta del Derecho penal, así como que no se tenga estrictamente como

<sup>35</sup> JALVO, Belén Marina, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos (Fundamentos y regulación sustantiva)*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 112.

<sup>36</sup> FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 600.

<sup>37</sup> GOANE, René Mario, “El poder disciplinario de la Administración Pública...”, ob. cit., p. 1026.

absorbida en toda su extensión por la que implica el Derecho administrativo sancionador.

Ya enseñaba MARTÍNEZ MARÍN sobre el Derecho disciplinario:

“... Este no debe ser considerado como Derecho Penal menor ni como un Derecho Sancionador interno. Formalmente, el régimen disciplinario tiene su propio derecho, [...]”.<sup>38</sup>

#### IV. Fundamento de la potestad disciplinaria

En la doctrina que ha estudiado el tema, se ha venido debatiendo el fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración Pública; aspecto este que no carece de interés, si se toma en cuenta que es su fundamento lo que va a marcar todo el régimen jurídico aplicable a esta potestad sancionadora.

Lo primero que debe verse en este sentido, es que la potestad disciplinaria se explica en razón de la preexistencia de una relación de empleo público, calificada como funcionarial, entre la Administración Pública y un ciudadano o administrativo que, en su virtud, adquiere la condición de empleado o funcionario público. Esto hace que ese funcionario quede sujeto, por su entrada en esa relación (por acto o contrato administrativo), a los deberes, las obligaciones y los derechos que de la misma se derivan y que la potestad disciplinaria se refiera al incumplimiento de los deberes y las obligaciones de este, adquiridos entonces en virtud de esa relación en específico.<sup>39</sup>

Por eso, allí donde se ha considerado a la relación funcionarial administrativa como resultado de un contrato (en este caso de naturaleza administrativa), se entienda que el fundamento jurídico de la potestad disciplinaria “[...] no es otro que una *particular* manifestación del poder de la Administración Pública para lograr la ejecución y cumplimiento de un ‘*contrato administrativo*’: el de función o de empleo públicos, en este caso”.<sup>40</sup> O, lo que es igual, la potestad disciplinaria es una “herramienta para el logro del cumplimiento de la

<sup>38</sup> MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico...*, ob. cit., p. 123.

<sup>39</sup> Ver lo que explicaba PARADA, Ramón, “El poder sancionador...”, ob. cit. pp. 46 y 47; y en su *Derecho Administrativo*, I, ob. cit., pp. 679 y 680. También: EMILI, Eduardo O., “Responsabilidad administrativa o disciplinaria de los agentes del Estado”, en AA.VV., *Estudios de Derecho administrativo*, VIII – *El funcionario público*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.), Díké – Foro de Cuyo, Mendoza, 2002, p. 201

<sup>40</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, t. III-B – *Contratos administrativos. De los contratos en particular*, 3ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 411. Con idénticas palabras: GARCÍA WENK, Alfredo, “Capítulo XI: Responsabilidad de empleados...”, ob. cit., p. 267.

prestación<sup>41</sup> en el marco de una relación consensuada como la que resulta del empleo público.<sup>42</sup>

El otro aspecto que debe fijarse antes de discurrir con más detenimiento por el tema del fundamento de la potestad disciplinaria, es que esta resulta una consecuencia necesaria, y por ello un correlato o complemento, tal como se ha visto por los estudiosos, de la potestad de imperio o de mando de la Administración Pública hacia sus subordinados.<sup>43</sup> Si ella —esto es, los superiores jerárquicos de la organización administrativa—, como elemento necesario para el desempeño de la función administrativa, tiene un poder de mandar, dirigir, ordenar, a los subordinados,<sup>44</sup> quienes quedan compelidos al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones asumidos en la relación funcionarial, y con ello al deber de obediencia dentro del marco de la legalidad en relación con sus superiores,<sup>45</sup> es necesario, para amparar adecuadamente ese poder de mando, que aquellos superiores puedan estar habilitados para reaccionar contra estos subordinados cuando se produzca el incumplimiento de los deberes y obligaciones propios de sus cargos.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> En palabras de GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de empleo público...*, ob. cit., p. 407.

<sup>42</sup> Exponía un autor argentino: “Una de las notas típicas de la relación de empleo público es la posibilidad de la Administración de sancionar a sus empleados por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales”. Ver ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual”, en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 19, 20 y 21 de mayo de 2004, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 263.

<sup>43</sup> *Vid.*, por ejemplo, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 608; PRATS, Julio A., *Derecho administrativo*, III, ob. cit., p. 154; GARCÍA WENK, Alfredo, “Capítulo XI: Responsabilidad de empleados...”, ob. cit., p. 267; EMILI, Eduardo O., “Responsabilidad administrativa o disciplinaria...”, ob. cit., p. 208.

<sup>44</sup> Para ZAMBRANO, “... el desarrollo doctrinal nos permite advertir que la génesis de la potestad disciplinaria en esta materia estriba en el poder de dirección y administración de una organización que el empleado aceptó integrar para lograr los fines que orientan esa estructura”. ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias de la Administración...”, ob. cit., p. 265.

<sup>45</sup> Enseñaba BIELSA que “[...] los funcionarios [...] tienen una obligación primordial: cumplir los deberes inherentes a la función o empleo, conforme a las leyes, reglamentos o principios que la determinen y según las órdenes superiores; por consiguiente, al lado de esa obligación general (de contenido legal) existen otras de carácter especial: de obediencia y respeto al superior”. Ver BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, III, ob. cit., p. 291.

<sup>46</sup> En esclarecedora conclusión de MARIENHOFF (recuérdese que él consideraba a la potestad disciplinaria dentro de la sancionadora): “El fundamento de la potestad sancionadora es fácilmente comprensible: la compleja labor de la Administración no podría cumplirse sin la existencia de una fuerte disciplina externa e interna; de lo contrario la Administración hallaríase indefensa y condenada al desorden”. Ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, I, ob. cit., pp. 608 y 609.

Como escribía ESCOLA:

“Si la administración pública tiene potestad de dirigir y controlar a sus agentes, es natural que mantenga, asimismo, una potestad sancionatoria amplia, que aparece con caracteres específicos y que resulta, en su regulación normativa, de cuerpos reglamentarios que integran la situación estatutaria que viene a componer la relación contractual. Esa potestad se hace efectiva mediante la imposición de determinadas sanciones, que se aplican en virtud de un poder disciplinario que el superior ejerce respecto del inferior [...]”.<sup>47</sup>

Para comprender y fijar adecuadamente el fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, no puede olvidarse el carácter de organización de esta última,<sup>48</sup> la función que desempeña, los fines que la animan y las peculiares características que le asisten con sus agentes a sus relaciones jurídicas ordenadas por el Derecho administrativo.

Cuando de fijar el fundamento de la potestad disciplinaria se trata, no es difícil ver que su objetivo esencial es mantener el orden requerido para la realización del funcionamiento administrativo y, por esa vía, garantizar el cumplimiento de los fines de esta función.<sup>49</sup> Entonces, es la necesidad de garantizar la continuidad y la regularidad del funcionamiento público, de proveer al adecuado desenvolvimiento del servicio público (en sentido amplio este término, no vinculado a su percepción técnica como tipo de actividad administrativa) por los funcionarios, lo que marca la base de ese poder disciplinario.

Ya BIELSA, siguiendo a autores italianos, afirmaba que el fin de lo que llamaba “la responsabilidad disciplinaria”, que a los efectos del acápite puede entenderse en su lugar el fin de la potestad disciplinaria administrativa, era asegurar la observancia de las normas de subordinación jerárquica y, en general, el exacto cumplimiento de todos los deberes de la función.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho administrativo*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 806.

<sup>48</sup> BIELSA afirmaba que el *poder disciplinario* era corolario lógico de toda organización administrativa jerárquica. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, III, ob. cit., p. 291.

<sup>49</sup> GARCÍA PULLÉS hablaba sobre “[...] la finalidad que el propio ordenamiento procura con el otorgamiento de facultades de este tipo a la Administración, que la doctrina y la jurisprudencia sitúan en la necesidad de conservar el orden y disciplina imprescindibles para la prestación del servicio a favor de la comunidad [...]”. Vid. GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de empleo público...*, ob. cit., p. 411.

<sup>50</sup> BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, III, ob. cit., p. 290. En la explicación del argentino (pp. 291 y 292): “Las obligaciones de la función y del empleo se fundan y justifican en la *necesidades del servicio público*; la función y el empleo deben ejercerse, pues, según su objeto y fin; la desobediencia, como la falta de respeto al superior, quebranta la disciplina, y eso afecta al organismo administrativo. No hay unidad jerárquica sin *substratum moral*”.

De aquí se desprende que un primer fundamento que se ha esgrimido es el de la garantía de los principios de jerarquía y unidad, como principios esenciales de la organización administrativa.<sup>51</sup>

Sin embargo, los autores han seguido matizando estas cuestiones, y así tenemos que para GOANE:

“... el bien jurídico tutelado por el poder disciplinario de la Administración Pública es el buen orden y decoro de su propia organización; la seguridad de la misma, no integra el bien común, sino que sólo reviste la calidad de un medio necesario en orden a esa finalidad configurativa de la comunidad política”.<sup>52</sup>

A pesar de una autorizada opinión como la de ese autor, no debe pensarse que la potestad disciplinaria de la Administración Pública mira solo a esta como organización en sí misma, pues ello sería limitar la apreciación y alcance de ese fundamento. Recuérdese que toda la existencia de la Administración Pública, como unión y organización, se justifica por los fines públicos que ella está llamada a actuar y a conseguir. Por lo que es instrumento para el logro de fines de la comunidad, y todos los medios de acción de que ella dispone (la potestad disciplinaria lo es) miran en última instancia hacia el alcance de esos fines de la colectividad.

Como bien explicaba un autor español, a raíz del fenómeno disciplinario administrativo:

“... no estamos ante una simple cuestión de organización interna, sino ante una cuestión de orden público, de la que depende la correcta satisfacción del interés público y la correcta tutela de los derechos de los ciudadanos [...]”.<sup>53</sup>

Por ello es que debe mirarse con mayor profundidad el fundamento jurídico de la potestad disciplinaria y en esa mirada lo que se encuentra es, precisamente, la garantía del funcionamiento administrativo y el cumplimiento de los fines públicos.

<sup>51</sup> Para Manuel María DIEZ, “La responsabilidad disciplinaria tiene como objeto asegurar la observancia de las normas de la subordinación jerárquica y el exacto cumplimiento de los deberes de la función”. *Vid.* DIEZ, Manuel María, *El deber de obediencia en la función pública*, 2ª ed., Librería Jurídica, Valerio Abeledo - Editor, Buenos Aires, 1951, p. 61.

<sup>52</sup> GOANE, René Mario, “El poder disciplinario de la Administración Pública...”, *ob. cit.*, p. 1027.

<sup>53</sup> SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, “Derecho disciplinario”, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez (dirs.) y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (coord.), *Curso de Derecho administrativo iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Comares, Granada, 2015, p. 533.

Para Belén Marina JALVO “[...] el fundamento específico del poder disciplinario reside, pues, en la garantía del buen funcionamiento del servicio [...]”.<sup>54</sup> Esta española ahondaba más en sus ideas al escribir:

“La responsabilidad de los funcionarios no queda circunscrita al ámbito interno de la organización administrativa, porque los funcionarios no responden únicamente rente a la Administración que los emplea, responden también frente a los usuarios de los servicios públicos y, en definitiva, frente a la sociedad. [...] el poder disciplinario es un instrumento más para que la Administración sirva a los intereses generales, para que sea efectivo el derecho de los ciudadanos a recibir servicios públicos en determinadas condiciones. Con independencia de la relación de mayor o menor sujeción existente entre la Administración y su personal y de la esfera interna en la que se ejerce la potestad disciplinaria, ésta debe ejercerse siempre en interés de la colectividad”.<sup>55</sup>

En términos de bien jurídico tutelado, también se expresaba Julio R. COMADIRA, en un trabajo de referencia, cuando concluía:

“... el fin perseguido por el reproche disciplinario radica en la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública”.<sup>56</sup> Para luego concluir: “... el adecuado funcionamiento de la Administración Pública es el bien jurídico protegido por la responsabilidad disciplinaria del agente [...]”.<sup>57</sup>

De todo lo expuesto aquí se puede extraer que la potestad disciplinaria de la Administración Pública responde a una escala de fundamentos, que pueden entenderse como inmediatos y mediatos.

En ese enfoque, se fundamenta en las necesidades de la organización administrativa como organización, que es la Administración Pública; pero también en el mantenimiento de la buena marcha del funcionamiento administrativo que esta debe dispensar, como presupuesto necesario para la garantía y el cumplimiento de los fines generales que tiene pautado observar.

<sup>54</sup> JALVO, Belén Marina, *El régimen disciplinario de los funcionarios...*, ob. cit., p. 106.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>56</sup> COMADIRA, Julio R., ob. cit., p. 565.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 566. Este argentino destacaba (p. 567) que: “El interés, pues, afectado por el mal funcionamiento de la Administración Pública es público y no privado, pero, para utilizar la terminología de los autores italianos es público secundario y no primario”; más adelante diría: “Esta indudable significación pública del bien jurídico protegido por el sistema de responsabilidad disciplinaria puede ser elevado, en ciertos aspectos, a la categoría de un interés público primario trascendente a aquél y, a la vez, comprensivo de él pero no excluyente”.

Resumía GARCÍA PULLÉS que: “[...] la finalidad que el propio ordenamiento procura con el otorgamiento de facultades de este tipo a la Administración, que la doctrina y jurisprudencia sitúan en la necesidad de conservar el orden y la disciplina imprescindibles para la prestación del servicio a favor de la comunidad [...]”; en el párrafo que sigue establecía: “Ha de afirmarse de inicio, pues, que la potestad disciplinaria en su conjunto, está destinada a mantener el orden y la disciplina de la organización y, por tanto, éste es el ‘bien jurídico protegido’ y subyacente en las obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento las altas que justifican la sanción [...]”; luego acotaba: “Pero esa apreciación resulta parcial, pues sólo se centra en uno de los fines de la Administración y no contempla todos los requerimientos del interés público, ni mucho menos las obligaciones de trato leal y buena fe que la Administración asumió para con sus empleados [...]”.<sup>58</sup>

## V. Principios básicos que rigen la potestad disciplinaria

Como todo régimen jurídico, el disciplinario en manos de la Administración Pública (que abarca no solo la competencia para ejercer la potestad disciplinaria, sino también las faltas en relación con sus deberes y obligaciones en las que pueden incurrir los funcionarios, las sanciones a imponer, el procedimiento para la determinación e imposición de las mismas) está fundamentado y regido por un conjunto de principios jurídicos.

El desarrollo de ese régimen jurídico disciplinario, así como el debate teórico en torno a la naturaleza de la potestad disciplinaria, la aplicación que ese régimen ha hecho la jurisprudencia y la extensión del sentido garantista para el administrado han permitido que poco a poco se vayan precisando, cada vez con más claridad, los principios relativos al régimen disciplinario.

En este sentido, hay que tomar en cuenta que como potestad de carácter punitivo, a la disciplinaria le son de aplicación principios comunes a toda potestad punitiva (tanto aquellos que han sido planteados y desarrollados primigeniamente desde el ángulo jurídico-penal, como los que pueden resultar de la perspectiva sancionadora administrativa), lo que los convierte en principios generales del Derecho y, en cuanto tales, aplicables allí donde procedan, como es el caso del marco disciplinario administrativo. En eso no hay hoy discrepancia alguna.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de empleo público...*, ob. cit., pp. 411 y 412. Ver también cómo se expresaban CABRAL, Pablo O. y Marcelo J. SCHREGINGER, *El régimen de empleo público en la provincia de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 594.

<sup>59</sup> En la opinión de Manuel PERALTA: “Las notas caracterizantes del derecho penal, *nullum crime sine lege*, *nullum poena sine previa lege*, *legale iudicium*, tipicidad, *non bis in idem*, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, etc., constituyen verdaderos Principios generales que, como tales, ostentan la naturaleza jurídica propia de ser una fuente de derecho cuyas

Como tampoco la hay en el hecho de que por ser una potestad administrativa, también le son aplicables principios que rigen el desarrollo de la actividad administrativa, tanto la de carácter sancionador como la actividad jurídico-administrativa en general. E, incluso, en la expansión de la vis garantista que se ha ido manifestando en el marco de ordenación del Derecho administrativo, al espacio de la potestad disciplinaria sobre los agentes públicos se les ha señalado la aplicación de los principios protectores tanto del interés general como los del ciudadano, buscando, precisamente, proveer un equilibrio entre el ejercicio del poder del Estado y los derechos de los administrados, como postulado en fin que debe de estar presente en todo el ordenamiento jurídico-administrativo.

Desde la perspectiva que aportan los planteamientos anteriores, si de principios entonces se trata, la sola enunciación de estos para el espacio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública revelaría un amplio y diverso catálogo. La amplitud de ese elenco de principios jurídicos no es para asombrarse, pues muchos, como se dijo, son los que tienen que ver con el espacio de ordenación jurídica de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, en tanto es un fenómeno jurídico (principios generales del Derecho<sup>60</sup>), luego de naturaleza jurídica administrativa (principios del Derecho administrativo<sup>61</sup>), con carácter punitivo (principios del Derecho penal<sup>62</sup> y administrativo sancionador) e incidencia en la esfera subjetiva de los ciudadanos revestidos de la condición de agentes públicos o de la Administración Pública (principios de protección de las relaciones jurídicas entre el poder público y los ciudadanos en el marco de una relación de empleo, en este caso, cualificada como funcional, de empleo público).

Ciertamente, existe una gran amplitud, dificultad y complejidad para una investigación como esta a la hora de enlistar todos los principios jurídicos de aplicación al campo disciplinario administrativo; algo que debe unirse al espacio reducido con que se cuenta aquí para un ejercicio de esta índole. Por otro lado, está el hecho que existe –en Europa y América Latina– una profusa bibliografía –también pronunciamientos jurisprudenciales–, que ha tratado y

---

funciones esenciales son las de servir ‘como fundamento, interpretación e integración del orden jurídico’”. Ver PERALTA, Manuel, “La aplicación de los principios de Derecho penal a la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos”, en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 16, 17 y 18 de mayo, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 133.

<sup>60</sup> Como: seguridad jurídica, legalidad, buena fe, irretroactividad de las normas no favorables, debido proceso o tutela judicial efectiva, prohibición de arbitrariedad, proporcionalidad, *non reformatio in pejus, pro homine*.

<sup>61</sup> Como: interés público, eficacia, eficiencia, objetividad, celeridad, debido procedimiento administrativo,

<sup>62</sup> Como: *nullum crimen sine lege*, presunción de inocencia, *non bis in idem*.

esclarecido suficientemente el tema de estos principios, en la individualidad de cada uno de ellos –aun cuando en algún caso no sea desde la mirada específica del Derecho disciplinario administrativo–, y a la que es posible remitirse (sin hacer aquí una referencia al respecto, que resultaría muy aleatoria y poco precisa, ante esa profusión) para que se constaten los pormenores sustantivos de esos principios y se tenga la idea esencial al respecto, incluso desde la perspectiva del sector disciplinario de la Administración Pública.

Por tal realidad, es que se considera que en este acápite resulta de mejor procedencia, quedarnos en un horizonte de enunciación de aquellos principios jurídicos básicos que tradicionalmente se han reconocido como de esencia para la fundamentación del ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria, y que han tenido consagración en la teoría, la jurisprudencia y la legislación. Esa enunciación –sin profundizar mucho más allá que el planteamiento general– sirve de punto de partida suficiente para marcar ideas de base, que permitirán comprender mejor las consideraciones, de carácter más concreto, que corresponden a lo trazado en el capítulo III de esta investigación.

Entrando entonces a la anunciada enunciación de los principios jurídicos básicos que pueden colocarse en la base del subsistema disciplinario de la Administración Pública, se pueden mencionar cinco de ellos (sin ánimo de exclusión y con la convicción de que el universo principal al respecto no se reduce a estos), que son de reconocimiento mayoritario en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia:

- a) *Principio de legalidad*. Este ha resultado principio esencial para soportar todo el andamiaje y la convivencia social en los marcos del Estado moderno, cualquiera que haya sido la expresión evolutiva hasta hoy de este último. Mucho se ha escrito sobre el principio de legalidad, por lo que no es necesario dilatar este trabajo con referencias innecesarias; si acaso recordar algunas aportaciones que se han hecho en este sentido en el plano nacional.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo, CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D., *Teoría del Derecho*, 1ª reimp., Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 200 y ss.; ESCASENA, José L., *La evolución de la legalidad en Cuba*, Ciencias Sociales, La Habana, 1990, en todo; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho*, *Teoría del Derecho*, 2ª reimp., Félix Varela, La Habana, 2004, p. 155 y ss.; MATILLA CORREA, Andry, “Comentarios sobre las fuentes del Derecho administrativo cubano (Excepto el reglamento)”, en AA.VV., *Temas de Derecho administrativo*, t. I, 2ª reimp., Félix Varela, La Habana, 2010, p. 33 y ss.; “Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano”, en AA.VV., *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 411 y ss.; ARIAS GAYOSO, Grethel, “La significación jurídica del principio de legalidad para la Administración Pública”, en Andry Matilla Correa (coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Leonard Muntaner Editor, Palma de Mallorca, 2009, p. 165 y ss.; FERRARI YAUNNER, Majela, “La legalidad como principio rector

En su esencia, este principio, en su más completa vertiente, determina la sujeción al Derecho (llamado entonces también *principio de juridicidad*) y la observancia de todas las normas por parte de todos los actores sociales y, en lo que interesa en este estudio, en especial de las estructuras de poder público.

Para el caso de las autoridades públicas, de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus competencias, hay que recordar que la sujeción al Derecho, y por tal la conjuración del principio de legalidad, se presenta con un carácter de sujeción positiva. Al actuar ellos en el marco de sus funciones, de sus competencias, actúan sobre la base de habilitaciones normativas (construidas a partir de la jerarquía normativa), por lo que *a ellos sólo les es lícito hacer lo que les está expresamente permitido*, o lo quiere decir, que si previamente no están normativamente habilitados para una actuación en el marco del funcionamiento público –cualquiera que esta sea–, ha de considerarse que no pueden realizar la actuación de que se trate, o que al menos esta no es válida jurídicamente hablando.

Con una interpretación de ese tipo en torno al principio de legalidad, queda a salvo la seguridad jurídica necesaria, así como interpretaciones, ya desfasadas, que consideraban que no era necesario prever en una normativa la potestad disciplinaria, pues se entendía que era un poder que estaba implícito o que era inherente en el contenido de la jerarquía del superior de una organización.<sup>64</sup> Una solución de este tipo ha sido fuertemente criticada y resulta superada actualmente.<sup>65</sup>

Como ha reconocido la doctrina autorizada, es necesario hacer notar que, a diferencia del Derecho penal, donde el diseño del principio de legalidad apunta a la reserva del ley (solo pueden estar establecido por la ley) para el establecimiento de los delitos y sus sanciones, en el Derecho disciplinario, por la dinámica de la función administrativa, en la relación Administración Pública-administrado se dificulta la posibilidad de realizar esa reserva de manera eficaz y se relativiza entonces la cuestión al exigir que las faltas y las sanciones pueden quedar tipificadas en la norma jurídica, ya sea esta una

---

en la Constitución cubana. Reflexionando sobre sus retos”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 50, julio-diciembre 2017, UNIJURIS, Unión Nacional de Juristas de Cuba, p. 39 y ss.

<sup>64</sup> Por ejemplo, el uruguayo PRATS consideraba que: “[...] Es un poder de principio, sin necesidad de texto expreso que lo atribuya. Es la consecuencia directa del poder de mando y de la facultad de vigilancia que corresponde a cada jerarca sobre todo el sistema. Al tener a su cargo la vigilancia del mismo, le compete apreciar las conductas de los titulares orgánicos (traegers) y de los funcionarios en general adscritos al sistema orgánico, del cual él es jerarca”. Ver PRATS, Julio A., *Derecho administrativo*, III, ob. cit., p. 154.

<sup>65</sup> Como muestra, véanse los criterios que vertía IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria...*, ob. cit., p. 97 y ss.

ley (pero no solo en ella) o un reglamento;<sup>66</sup> lo que permite la mejor aptitud jurídica –sin olvidar las garantías necesarias que deben establecerse– para que pueda responderse con la potestad administrativa disciplinaria a los fines existenciales que la animan.

El principio de legalidad, en el caso cubano, se encuentra consagrado de forma general (art. 66) para el aparato público Estado (legalidad estatal) en el art. 10 de la vigente Constitución; y como principio del Derecho penal cubano, pero con aplicación analógica o extensiva al Derecho administrativo sancionador y al Derecho disciplinario (la letra del precepto es claramente restrictiva al ámbito penal, pero el principio que en ella subyace puede extenderse a otros ámbito punitivos), en el art. 59, primer párrafo, de ese texto constitucional;<sup>67</sup> de donde puede extraerse para lo disciplinario administrativo que ningún funcionario público puede ser sancionado disciplinariamente sino por la autoridad que tenga previamente fijada la competencia para ello y con previa determinación normativa de las faltas, las sanciones y los procedimientos a aplicar en ese caso.

- b) *Principio de tipicidad*. Estrechamiento conectado con el de *legalidad*, y de algún modo subsumido en él como principio más amplio, está el *principio de tipicidad*.

En buena descripción de SANTAMARÍA PASTOR, puede decirse que:

“La tipicidad, como es sabido, consiste en la exigencia de descripción específica y precisa, por la norma creadora de la infracción y las sanciones, de las conductas concretas que pueden ser sancionadas, y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como de la correlación entre unas y otras (*lex certa*); una exigencia que es consecuencia directa tanto del primero de los valores superiores del ordenamiento jurídico, el de libertad [...], como del principio de seguridad jurídica. Siendo la libertad de los ciudadanos la regla general de comportamiento, su prohibición (bajo amenaza de sanción) exige que la ley defina con la mayor concreción posible los rasgos de las conductas sancionables, que den certeza [...] acerca de los comportamientos específicos que les están vedados y de las consecuencias específicas que conlleva su realización”.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Vid., por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, 3ª ed. Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2015, p. 410 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, ob. cit., pp. 318 y 319; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, “Derecho disciplinario”, ob. cit., p. 541.

<sup>67</sup> Art. 59.- “Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen”.

<sup>68</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho...*, ob. cit., pp. 414 y 415.

Según se dejó esbozado cuando se habló del principio de legalidad, por las particularidades del universo disciplinario administrativo, la operatividad de la tipicidad parte del reconocimiento de la exigencia de ley previa, pero no se exige necesariamente que la tipificación tenga lugar en las normas con rango de ley (reserva de ley), sino que se admite que esta puede realizarse a nivel normativo tanto en ley como en reglamentos.<sup>69</sup>

Lo que debe cumplirse es la predeterminación normativa de las infracciones, las sanciones y los procedimientos, con las garantías necesarias para el funcionario público y el interés público.

Ahora bien, como se ha puesto de relieve en importantes estudios, hay que ver las particularidades que le imprime el campo disciplinario a la manifestación del principio de tipicidad. Y es a partir de la consideración de esas particularidades que se ha sostenido que resulta absolutamente imposible pretender que en Derecho disciplinario se produzca, al desarrollar la tipicidad, una descripción exhaustiva de la conducta punible, puesto que la lógica de la infracción a la norma opera en forma inversa a como sucede en Derecho penal, en tanto que para los servidores públicos opera la máxima de que solo les está permitido hacer lo que expresamente se les establece, resultando muy difícil agotar entonces, por la vía de la tipificación normativa, todo aquello que no pueden hacer y que resultarían conductas antijurídicas en el marco de su proceder como tales servidores.<sup>70</sup>

En consonancia con ello, es propio del Derecho disciplinario encontrar descrito en la norma tipos más abiertos de lo que se conciben para el Derecho penal, con un mayor margen de apreciación del aplicador. Como ha referido SENDÍN GARCÍA:

“... ha sido frecuente la relajación del principio de tipicidad, mediante la apelación a tipos genéricos y abstractos de infracciones, en lugar de la definición de conductas sancionables concretas, a través del recurso a conceptos jurídicos indeterminados, remisiones a otras normas, deberes genéricos o deontológicos o cláusulas generales, de remisión o de cierre”.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Capítulo Decimoquinto. Régimen disciplinario”, en Miguel Sánchez Morón (dir.), *Comentarios a la Ley del estatuto básico del empleado público*, 2ª ed., Lex Nova, SA., Valladolid, 2008, p. 544.

<sup>70</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., *Dogmática del Derecho...*, ob. cit., p. 39 y ss. Ver, entre otros, cómo se manifestaba BRITO, Mariano, “Principios del procedimiento disciplinario”, en Mariano Brito, *Derecho administrativo. Su permanencia-contemporaneidad prospectiva*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, pp. 413 y 414.

<sup>71</sup> SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, “Derecho disciplinario”, ob. cit., p. 540. Ver lo que exponía DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Principios del procedimiento disciplinario”, en Augusto Durán

Lo que se justifica en que la naturaleza de las infracciones disciplinarias y sus variedades vuelven singularmente difícil la determinación casuística de las sanciones;<sup>72</sup> y las singularidades del tráfico jurídico funcional y disciplinario.

Este *principio de tipicidad* se encuentra reflejado en Cuba en el art. 59 constitucional, con el marcado carácter jurídico-penal que de su letra se vislumbra, pero con la vocación de extensión analógica a otros ámbitos punitivos, como ya se ha mencionado.

- c) *Principio de proporcionalidad*. Para la cuestión disciplinaria administrativa, este principio impone la necesidad de lograr un determinado grado de correspondencia o adecuación entre la gravedad y repercusión de los hechos constitutivos de faltas o infracciones disciplinarias y el rigor de la consecuencia a imponer (la sanción).

Por lo tanto, debe haber una correspondencia, balance o equilibrio a propósito de la función que cumplen las sanciones a imponer (no debe haber exceso de punición ni en cuanto a la cantidad de sanciones ni a la cualidad de las mismas); y debe haber limitación y control sobre la discrecionalidad de quien aplique la normativa disciplinaria.<sup>73</sup>

Acertadamente, SÁNCHEZ MORÓN acotaba que el principio de proporcionalidad es aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación y contenido.<sup>74</sup>

Por un lado, este principio obliga a tipificar y clasificar las faltas (leves, graves) atendiendo a circunstancias como: el nivel en que se haya vulnerado la legalidad; la gravedad de las consecuencias dañosas de la conducta infractora, en los diversos planos en que esas consecuencias se proyecten; el impacto en la percepción de la función de la Administración Pública; las circunstancias y la conducta del sujeto infractor; el grado de reiteración o no de este en conductas infractoras disciplinarias. Por otro lado, la aplicación de cada sanción debe estar en correspondencia con la realidad de la conducta infractora.

- d) *Principio de culpabilidad*. La culpabilidad cualifica la responsabilidad que se exige al funcionario público a través del marco jurídico disciplinario, en tanto la convierte en una responsabilidad de carácter subjetivo y no de carácter objetivo.

A diferencia de otros ámbitos, como el penal, en el Derecho disciplinario la culpabilidad, en tanto “juicio de reproche” que se le realiza al infractor como

---

Martínez, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Impreso y encuadernado en Mastergraf, Montevideo, 1999, pp. 305 y 306.

<sup>72</sup> BRITO, Mariano, ob. cit., p. 414.

<sup>73</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho...*, ob. cit., p. 422.

<sup>74</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Capítulo Decimoquinto. Régimen disciplinario”, ob. cit., p. 545.

causante de la actuación antijurídica (acción u omisión), o con un nexo de vinculación a ella, puede estar relacionada con una conducta intencional o descuidada, pues hay que recordar que sobre el funcionario público se establece, de un ordinario, un deber de actuación diligente cualificado, por la naturaleza de la relación que se le establece con la Administración Pública.<sup>75</sup> Él viene obligado a actuar diligentemente en todo momento.

De ahí se entiende que el funcionario público puede ser disciplinariamente responsable cuando haya cometido una mera inobservancia si así lo establece el tipo sancionable, que no necesariamente tiene que exigir el dolo como elemento en la tipificación de la infracción.

Por supuesto, al no ser objetiva la responsabilidad, si no le es imputable la falta al funcionario infractor, este no incurre en responsabilidad y no debe ser declarado disciplinariamente responsable.

- e) *Principio non bis in idem*. Este principio ha generado interesantes debates y opiniones a su alrededor, y su tratamiento puede ser uno de los más atractivos dentro del ámbito sancionador o disciplinario relativo a la Administración Pública.

El valor que despliega el *non bis in idem* no queda circunscrito al fenómeno jurídico de la principalidad, sino que resulta también una garantía frente al actuar punitivo (especialmente en materia de Derecho penal) en general y sancionador (en el sentido que sea) administrativo en especial.<sup>76</sup>

De lo que se trata en este principio es de la prohibición de una doble sanción o castigo por un mismo hecho, y su improcedencia presupone, como queda claro hoy, la identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (las sanciones deben estar dirigidas a la protección del mismo bien jurídico).<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Ver los desarrollos que sobre la culpabilidad en el Derecho disciplinario figuran en: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 418 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, ob. cit., pp. 325 y 326; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Capítulo Decimoquinto. Régimen disciplinario", ob. cit., pp. 325 y 326.

<sup>76</sup> Interesante resultan las reflexiones que aportaba ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel Portal Derecho, Madrid, 2008, en todo. En el contexto de Cuba, pueden verse los estudios de GÓMEZ PÉREZ, Ángela, *El principio non bis in idem. Sanciones penales y sanciones administrativas*, Fondo Editorial, Colegio de Abogados de Cochabamba, Cochabamba, 2001, en todo; GÓMEZ PÉREZ, Ángela, "El principio *non bis in idem*. Sanciones penales y sanciones administrativas", en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas. 2004*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Ministerio de Justicia, Ciudad de La Habana, 2005.

<sup>77</sup> *Vid.*, entre otros: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, ob. cit., pp. 321 y 322; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento...*, ob. cit., p. 29 y ss.; IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria...*, ob. cit., p. 110.

Esa identidad de elementos es lo que marca la procedencia del *non bis in idem*, no solo en relación con el ámbito disciplinario, sino también con el ámbito penal. Pero, si no se da esa identidad en toda la línea, no se abre la posibilidad del *non bis in idem*.

Para el caso de España, que resulta muy ilustrativo, se ha compendiado, a partir de aquella exigencia de identidad que:

“... Por esta razón la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando tradicionalmente que el principio *non bis in idem* carece de aplicación en el caso de concurso de normas sancionadoras penales y disciplinarias –e incluso sancionadoras administrativas de protección del orden general y disciplinarias, supuesto mucho más infrecuente [...]–, al entender que son fines distintos la represión de hechos delictivos y el mantenimiento de la ética del servicio, la irreprochabilidad de los funcionarios y del prestigio y buen funcionamiento de la Administración que pretende proteger el régimen disciplinario [...]”.<sup>78</sup>

Incluso, se ha acotado que de ahí es que se dispone en la normativa española sobre empleo público:

“... que procederá la corrección disciplinaria de las faltas en que incurran los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y cargos, ‘sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o *penal* que pudiera derivarse de tales infracciones’ [...]. No sólo eso, sino que en virtud de la diferencia de fundamento, de la comisión de un delito puede derivarse una segunda sanción disciplinaria, si ese mismo hecho lesiona también de por sí el bien jurídico protegido por ésta [...]”.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, ob. cit., p.322.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

# Consideraciones teóricas sobre la asociación público-privada como técnica jurídica de gestión

FERNANDO MONZÓN PÁEZ\*

## I. Introducción

El Estado ha evolucionado a la par de las teorías políticas, económicas y jurídicas que han sido resultado de su propia transformación; lo cual, contextualizado por la noción moderna de que el poder público debe estar en función de la satisfacción de los intereses colectivos, determina la necesidad de búsqueda constante de fórmulas más eficientes y eficaces de gestionar el interés colectivo.

Ningún sistema económico puede concebirse sin un orden jurídico y la adaptabilidad de las instituciones jurídicas a ese sistema resulta imprescindible para lograr una mayor eficiencia y eficacia de la economía. Las instituciones jurídicas afectan el desempeño de esta y, consecuentemente, la evolución económica está íntegramente ligada con el devenir de aquellas instituciones.

En cualquier época histórica, la escasez de recursos económicos o las limitaciones financieras en torno a la construcción de obras o prestación de servicios necesarios para la vida en colectivo ha sido motivo de atención de los gobernantes. Desde tiempos remotos, esto ha determinado la constante búsqueda de fórmulas que permitan atraer capital privado en función de los requerimientos públicos. A tal efecto, desde hace siglos, la vinculación entre lo público y lo privado ha conocido disímiles formas colaborativas, que se han hecho presentes a través de denominaciones y modalidades diversas.

\* Máster en Derecho de la Economía (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2017). Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. **Abreviaturas y siglas utilizadas:** Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID); Asociación público-privada (APP); Centro Latinoamericano para el Desarrollo (CLAD); *New Public Management (NPM)*; Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE/OECD); *Project Finance Initiative (PFI)*; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); *Public-Private Partnership (PPP)*; Sociedad de vehículo especial/*Special Purpose Company (SVE/SPC)*; *Design, Built, Finance and Operate (DBFO)*; *Design, Build, Manage and Finance (DBMF)*; *Build, Own and Operate (BOO)*; *Lease-develop-operate (LDO)*.

El devenir histórico de las distintas formas de gestión de los intereses públicos evidencia, en palabras de DORREGO DE CARLOS,<sup>1</sup> “un cierto movimiento sinuoso en el que tratan de armonizarse las convicciones ideológicas con los condicionamientos del sistema económico, generando modelos de gestión de los asuntos públicos que pueden situarse en una línea continua en uno de cuyos extremos estarían los modelos basados en la intervención directa de los poderes públicos en la producción de bienes y servicios; mientras que en el otro se situarían las formas de gestión que parten de una drástica limitación de la iniciativa pública, reducida a arbitrar, en su caso, el libre juego de los actores privados, responsables también de la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos”.

En los últimos años ha surgido, con éxito, una especie de conciliación entre estas tendencias, materializada en el contexto de la conformación de un nuevo modelo de Estado –a veces liberal, a veces intervencionista–. La función de regulación toma un nuevo significado y se manifiesta una especie de equilibrio entre las fórmulas intervencionistas y liberales.<sup>2</sup>

Hasta hace poco más de veinte años, se consideraba que el Estado ostentaba con exclusividad la obligación de desarrollar infraestructuras públicas y proveer servicios públicos y de interés general; como parte de su cometido de garantizar el bienestar común. Esto provocó el fenómeno expansionista del Estado y la existencia de entes estatales y empresas públicas creadas a tales fines; así como la conformación de los denominados *monopolios legales*, al considerarse que la intervención directa del Estado poseía carácter exclusivo y excluyente respecto al sector privado.<sup>3</sup>

La necesidad creciente de mayores y mejores infraestructuras y servicios de interés general, la incapacidad del Estado para expandir y mantener los existentes, los problemas de organización, gestión y financiamiento de las administraciones provocaron una crisis presupuestaria y una brecha cada vez más marcada entre las necesidades sociales y la provisión pública.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Cfr. DORREGO DE CARLOS, Alberto y Francisco MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *La colaboración público-privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 31-35.

<sup>2</sup> Vid. NICINSKI, Sophie, *Droit Public des affaires*, Lextenso éditions, 4ª ed., París, 2014, pp. 43-73.

<sup>3</sup> Vid. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, Parte general, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pp. II-9 y IV-1 y ss.

<sup>4</sup> LÓPEZ CORRAL, Antonio, “Infraestructuras y presupuesto: crisis del modelo de financiación presupuestaria”, en *Revista de obras públicas*, año 2000, Madrid, pp. 337-350, [http://ropdigital.ciccp.es/pdf/publico/2000/2000\\_julio-agosto\\_3400\\_06.pdf](http://ropdigital.ciccp.es/pdf/publico/2000/2000_julio-agosto_3400_06.pdf)

En este escenario se inserta la *asociación público-privada* o *public private partnership*<sup>5</sup> como técnica de gestión, a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa del siglo xx, como evolución de un esquema de vinculación público-privada denominado *Private Finance Initiative*, lanzado por el gobierno británico en 1992 y utilizado como base para el desarrollo de modelos de infraestructura y servicios públicos o de interés general.<sup>6</sup>

La noción de APP fue incorporada en el Derecho continental europeo a partir del Libro Verde<sup>7</sup> sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, presentado por la Comisión Europea en abril de 2004. Desde entonces, se comenzó a utilizar la figura en diversos países de tradición continental, que la han incorporado a sus ordenamientos jurídicos con diversas denominaciones. Y aunque el régimen jurídico resulte similar en todos los casos, su “importación” desde el Derecho anglosajón ha suscitado no pocas problemáticas en el ámbito jurídico-económico, fundamentalmente.

Estas carencias parten —esencialmente— de la ausencia de una definición unitaria de la figura en estudio como técnica jurídica de gestión administrativa. La diversidad de criterios en cuanto a su conceptualización genera dificultades en el ámbito doctrinal y legislativo, que son consecuencia de su inadecuada construcción teórica. Lo anterior provoca, además, la imposibilidad de identificar con precisión sus límites, alcance y rasgos distintivos.

Asimismo, se evidencia una tendencia a considerar como únicos modelos de APP a los desarrollados en el Reino Unido, desconociéndose que la colaboración público-privada para la gestión de intereses colectivos es intrínseca al fenómeno intervencionista y que existe al respecto una vasta experiencia teórico-práctica en el Derecho continental europeo en materia de gestión de servicios públicos y organización administrativa.

De esta manera, la ausencia de un enfoque general cimentado en la naturaleza *ius administrativa* de la figura en estudio, actúa como límite a la asunción de los elementos sobre los que debe construirse. Esto incide en la disfuncionalidad que caracteriza su regulación jurídica en los ordenamientos distintos al *common law*; situación que genera no pocos inconvenientes y no ha tenido

<sup>5</sup> En lo adelante, se emplearán las siglas APP o PPP, indistintamente, para referirse la figura de la asociación público-privada o *Public-Private Partnership*.

<sup>6</sup> Vid. HINOJOSA, Sergio Alejandro, *Un indicador de elegibilidad para seleccionar proyectos de Asociaciones Público-Privadas en infraestructura y servicios*, IKONS, 2010, pp. 121-125; ECHEVARRÍA PETIT, José Luis, “¿Qué se entiende por participación Público-Privada (PPP)?”, en *Revista de Antiguos Alumnos del IEEM*, Año 8, No. 12, Montevideo, 2005, p. 82 y ss.

<sup>7</sup> Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004), 327 final, Bruselas, 30.4.2004, versión digital en <http://europa.eu.int>, consultada el 24 de octubre de 2015.

una solución eficaz en el orden jurídico. Razón que aconseja replantearse el sustento teórico sobre el que se ha recepcionado la APP en nuestro sistema de Derecho.

Da tal modo, un aspecto primigenio e indispensable para cualquier análisis jurídico del tema es la necesidad de construir adecuadamente la técnica de APP en función de la proyección y realización su régimen jurídico; esto, a fin de evitar las incongruencias normativas y las colisiones que provoca su recepción bajo la égida de elaboraciones teóricas ajenas al Derecho administrativo, idea sobre la cual se inspira este estudio.

## II. Antecedentes de la noción actual de asociación público-privada

Una de las características relevantes de la economía política entre 1875 y 1914 lo fue el papel cada más importante del gobierno y del sector público, constituyendo uno de los síntomas del retroceso de la economía de mercado. “La mano oculta de Adam Smith era cada vez más visible”.<sup>8</sup> Asimismo, la democratización de la política impulsó a los gobiernos a aplicar estrategias de reforma y bienestar social y a encaminar acciones de índole proteccionista para la defensa de determinados intereses económicos.

Sin embargo, si bien es notable en este periodo el rol estratégico y creciente del sector público, su reflejo real en la economía seguía siendo modesto, pues este continuaba considerándose como un complemento de la economía privada;<sup>9</sup> sin desconocerse el desarrollo de la Administración Pública alcanzado en Europa en el sector de los servicios públicos.

Los primeros años del siglo xx perfilan el nuevo giro económico, caracterizado por el nacionalismo, los monopolios públicos y la intervención estatal. Entre las técnicas surgidas y empleadas en esta etapa, destacan las empresas estatales, sociedades del Estado y la empresa de economía mixta –como fórmula, además, de vinculación público-privada–. Igualmente, la *empresa pública*, entendida en sentido amplio –como toda manifestación de la actividad industrial y comercial del Estado–, opera, surge y se desarrolla también como técnica de intervención y gestión económica.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Vid. HOBBSAWN, Eric, *La Era del imperio (1975-1914)*, 6ª ed., Crítica, Buenos Aires, 2009, p. 62.

<sup>9</sup> Esto, no obstante los ejemplos que pudiesen ilustrar lo contrario, como la intervención del gobierno británico en la industria petrolífera del Oriente Medio y su control de la nueva telegrafía sin hilos y la voluntad del gobierno alemán de nacionalizar sectores de su industria y la política sistemática de industrialización del gobierno ruso en 1890. Al respecto, puede profundizarse en HOBBSAWN, Eric, *La Era del imperio...*, ob. cit., p. 63 y ss.

<sup>10</sup> Vid. VILLAR PALASÍ, J. L., “La actividad industrial y comercial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, No. 3, Madrid, 1950, pp. 53-130; LANGROD, George, *L’Entreprise*

Este escenario se mantiene con el desarrollo del Estado social de Derecho o Estado de bienestar, cuya consolidación se aprecia luego de la segunda guerra mundial; momento en el que vuelve a recolocarse la intensidad del intervencionismo estatal y el protagonismo del sector público.<sup>11</sup> Ya desde la crisis de 1930, como afirma GORDILLO:<sup>12</sup>

“... se advierte una importante mutación en la estructura y actividad del Estado en su actuación en el campo económico: desde afuera del proceso económico, regulándolo a través de normas que son de derecho administrativo y desde adentro a través de la acción de múltiples formas de empresa pública que de una u otra forma influyeron decisivamente en el proceso, asumiendo la producción de bienes y servicios”.

En este escenario, el Estado deviene también empresario, asumiendo actividades de producción de bienes y servicios en régimen de competencia.

Para las décadas de 1970 y 1980, el Estado protector nacido de la postguerra se ve colapsado económicamente e imposibilitado de garantizar el bienestar presente y futuro de sus ciudadanos. Las fórmulas tradicionales de gestión administrativa se tornan obsoletas y, consecuentemente, la trascendencia e influencia de esta realidad sobre el Derecho administrativo y la intervención pública económica no se hace esperar. Este nuevo contexto determina el inicio de una *cuarta etapa* –según la lógica explicativa que se ha seguido–. Esta incluye las dos últimas décadas del siglo XX hasta la actualidad.

Nuevos enfoques comienzan a esgrimirse sobre la noción de lo público y lo privado y acerca de la interacción de ambos sectores. A efectos del tema de investigación, interesa destacar dos teorizaciones, que constituyen –de alguna manera– antecedentes conceptuales de la APP: el movimiento de la *NPM* y la llamada *Gobernanza pública*.

A inicios de la década de 1990, en Estados Unidos y Gran Bretaña se originó un movimiento revisor de los estilos clásicos de administración. La denominada

---

*Publique en Droit Administratif Comparé, RIDC, París, 1956, p. 217 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, RAP, No. 17, Madrid, 1955, p. 118 y ss.; BREWER CARIAS, Allan Randolph, Las empresas públicas..., ob. cit., pp. 19-42.*

<sup>11</sup> Influencia significativa para el desmembramiento del pensamiento liberal burgués tuvo también la ocurrencia de hechos históricos como las revoluciones rusa y mexicana, en la segunda década del siglo XX. Asimismo, en el ámbito legislativo, es imprescindible mencionar la Constitución de Weimar, en la cual, además de los derechos económicos individuales y políticos tradicionales, se consagran derechos sociales. *Vid.* Constitución del Imperio (Reich) alemán, de 11 de agosto de 1919, en *Textos constitucionales españoles y extranjeros*, Athenaeum, Zaragoza, 1930.

<sup>12</sup> *Vid.* GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. II-9 y IV-1 y ss.; URENDA ZEGERS, Carlos, “El Estado empresario: visión de un abogado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, 1987 pp. 147-156.

*NPM*<sup>13</sup> o modernización administrativa dio lugar a reformas estructurales encaminadas al logro de una gestión pública eficiente y eficaz. Se propone un sistema flexible y con capacidad de adaptación ante circunstancias complejas. El modelo tiene como presupuesto una concepción empresarial de lo administrativo.<sup>14</sup> Este enfoque ha sido uno de los factores de la falta de éxito de las teorías sobre la nueva gestión pública y el gobierno empresarial. Lo anterior se debe a que constituye un error de principios, en tanto los objetivos de la Administración Pública difieren de los de la empresa.

Aquella noción se fue deslegitimando y sustituyendo por el concepto de *governance*;<sup>15</sup> nacido en el ámbito anglosajón. Con este nuevo esquema, el Estado deja de ser el único responsable del desarrollo y funcionamiento de la sociedad, para compartir este cometido con diferentes sujetos convocados a colaborar con el fin común de satisfacer el interés general.

En 2001,<sup>16</sup> la Comisión Europea publicó un Libro Blanco sobre el tema y a partir de ese momento, se han profundizado los estudios y elaborado disímiles propuestas sobre sus elementos fundamentales, a saber: apertura, participación, responsabilidad, eficacia, eficiencia, coherencia, transparencia, desarrollo sostenible, seguridad jurídica, etcétera.<sup>17</sup>

Este concepto, proveniente de otra cultura jurídica, incide en la transformación de la concepción tradicional francesa de lo público, evidenciándose así un fenómeno que algunos autores han denominado *metamorfosis del interés*

<sup>13</sup> Vid. OSBORNE, David y Ted GAEBLER, *Un nuevo modelo de gobierno. Cómo transforma el espíritu empresarial al sector público*; traducción de Ana Isabel Stelino, Gernika, México, 1994, obra completa.

<sup>14</sup> Vid. GORE, Al, *Un gobierno más efectivo y menos costoso, Informe de la National Performance Review*, traducción Ángel Carlos González, EDEMEX, México DF, 1994, obra completa.

<sup>15</sup> Vid. NORTH, D. C., *Instituciones, cambio, institucionalidad y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, obra completa; CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí (coord.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, 1ª ed., INAP, Madrid, 2005, pp. 11 a 31; PRATS, J. O., "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", en *Instituciones y Desarrollo*, Nos. 14 y 15, Barcelona, 2003, pp. 239-269, consultada en <http://www.iigov.org>, el 24 de noviembre de 2016; SOLA, A., "La traducción de governance", en *Punto y Coma*, No. 65, 2005; VILLORIA MENDIETA, Manuel, "Gobernanza económica y cohesión social tras el consenso de Washington: Institucionalidad, agenda, estrategias", en José María Vidal Beltrán y Juan Prats Catalá (coord.), *Gobernanza. Dialogo Iberoamericano sobre buen gobierno*, Colex, Madrid, 2005, pp. 79 a 108; ALONSO, Juan Antonio, "Instituciones y desarrollo económico: el caso de América Latina", en José María Vidal Beltrán y Juan Prats Catalá (coord.), *Gobernanza...*, ob. cit., pp. 109 a 120.

<sup>16</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *La Gobernanza europea, un Libro Blanco*, Bruselas, 27.7.2011, COM (2001) 428 final, consultado en <http://www.bioeticanet.info/documentos/GobernanzaEuropea01.pdf>, el 24 de noviembre de 2016.

<sup>17</sup> *United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), Governance in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development, Committee for Trade, Industry and Enterprise Development*, Ginebra, noviembre 2005, <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites>

*general*, que no afecta a las finalidades públicas, sino a las técnicas de actuación, en virtud de la noción de corresponsabilidad, en lo que se ha llamado *ideología del partenariado*.<sup>18</sup>

Todo esto integra un modelo de gestión donde el Estado interactúa necesariamente con el resto de los que se consideran también partícipes de la consecución del bienestar colectivo. En consecuencia, se ve necesitado de adoptar esquemas que concreten fórmulas colaborativas entre el sector público tradicional y el sector privado. La satisfacción del interés público puede llegar a ser una vía genuina de realización del interés individual y la concreción de este, a su vez, una forma idónea para gestionar eficiente y eficazmente el interés público.

De esta manera, la realidad actual devela una ruptura con aquella postura dicotómica entre lo público y lo privado. Se han introducido nociones verdaderamente revolucionarias como la de *privatización del Derecho público o publicación del Derecho privado*.<sup>19</sup> Con independencia de criterios concordantes o no, en cuanto a la terminología empleada, lo cierto es que tales posturas tributan a concebir a lo público y lo privado como dos ámbitos de actuación que no se contraponen, sino que se complementan; lo que se deriva de la asunción instrumental de las técnicas y procederes *iusprivados* para la gestión de intereses colectivos y del cambio de paradigma en materia de intervención pública en la economía.

Todo ello en el entendido de que en la actualidad resulta impensable un Estado abstencionista, desentendido de los designios económicos de un país. Incluso, corrientes de pensamiento modernas han introducido en el *juego* económico nociones como el enfoque institucionalista del mercado, que ha ganado terreno y pretende incorporar aspectos que el enfoque neoclásico no contempla e influyen decisivamente en el funcionamiento del mercado.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> GAUDEMET, Y., “*Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*”, Recueil Dalloz, No. 44, París, 2007.

<sup>19</sup> MARALET I GARCÍA, Elisenda, “El derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales”, en Elisenda Malaret i García y Baquer Martín-Retortillo *et al.*, *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la AP, Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 1997, pp. 9-32.

<sup>20</sup> Así, se interrelacionan el marco jurídico, las estructuras del poder público político, el acceso a la información, cultura y valores en la formación del individuo y el sistema político de que se trate. Elemento central de este enfoque es que “la calidad de las instituciones, de sus leyes [...] se traduce en una determinada calidad del funcionamiento y operación de la economía que se mide por el nivel de los costos de transacción. [...] Debe estar (el mercado) basado [...] en un sistema jurídico. [...] Si este marco no está presente, no permite operar ni realizar las diversas transacciones económicas”. Estas nociones, descritas a grandes rasgos, ponen de manifiesto el reconocimiento desde la propia génesis capitalista de la obsolescencia del

Como afirma SÁNCHEZ MORÓN, entre el Estado liberal del siglo XIX, basado en un amplio *laissez faire* y adoptado por las monarquías censitarias de la época, y el Estado intervencionista, democrático y social del siglo XX hay profundas diferencias. Entre este último modelo y el que se ha venido diseñando en los últimos tiempos, también se observan cambios importantes, sin perjuicio de las líneas de continuidad; e inclusive se empieza a notar ya el impacto de la actual crisis económica y las respuestas que los Estados han adoptado para afrontarla.<sup>21</sup>

En este contexto, el Derecho asiste esa transformación del Estado, fundamentalmente la rama iusadministrativa, donde se reflejan, directa e inmediatamente, los cambios estructurales que se van suscitando. Esto se debe al vínculo estrecho que guarda el Derecho administrativo con el ejercicio del poder político. La función administrativa del Estado, sus fines y la relación de este con los ciudadanos evolucionan y el intervencionismo estatal se coloca en función de la satisfacción eficiente y eficaz de los intereses colectivos como vía, además, de legitimación del poder.<sup>22</sup>

Como consecuencia de esta transformación del Estado, se pone de relieve que la sola actuación de la Administración deviene insuficiente. La dimensión creciente de la actividad administrativa y su complejidad determinan la necesidad de analizar el asunto de la colaboración público-privada con intencionalidad desde el punto de vista doctrinal y práctico, sobre el entendimiento de que la Administración Pública no solo se desenvuelve a través de manifestaciones unilaterales de voluntad, sino que actúa en colaboración con los particulares (Administración concertada).<sup>23</sup> Es precisamente en este contexto donde se inserta la APP como técnica de gestión y se perfila su esencia, basada en la complementación de ambos sectores, materializada en la distribución adecuada de riesgos.

Este escenario fue propicio para el surgimiento y desarrollo de nuevas líneas de pensamiento y técnicas novedosas de intervención, en función de la gestión eficiente y eficaz de los intereses colectivos. La imposibilidad del Estado de

---

modelo económico neoliberal. Vid. VILLAREAL, René, *La nueva economía institucional de mercado y el Estado de derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 113-143, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/95/9.pdf>, el 13 de octubre de 2015.

<sup>21</sup> Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general...*, ob. cit., pp. 48 a 65.

<sup>22</sup> Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de cometidos del Estado", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, No. 4, Montevideo, 2009, pp. 59-102, consultada en <http://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/824/826>, el 21 de octubre de 2015.

<sup>23</sup> Puede profundizarse al respecto en RUOCCO, Graciela, "Participación público-privada de base contractual", en *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas*, FCU, Montevideo, 2001, p. 389.

afrontar tal cometido en solitario determinó un nuevo replanteo del fenómeno de la participación privada en la gestión pública.

A finales de los años ochenta y comienzos de los noventa del siglo xx, se comienza a utilizar en Gran Bretaña una técnica de vinculación público-privada denominada *PFI*. Su basamento económico-financiero estaba sustentado en dos principios elementales: la asignación de riesgos a quien puede asumirlos de mejor manera y la obtención de un mayor valor por inversión (*value for money*); presupuestos que constituyen la esencia de los actuales *PPP*, los cuales se desarrollaron inicialmente en el sistema anglosajón como evolución de los *PFI*.

El esquema *PFI* fue lanzado por el gobierno británico en 1992. Fue transformándose en una referencia a nivel mundial y utilizado como base para el desarrollo de un número importante de modelos de infraestructura y servicios públicos con capitales privados en varios países del mundo, tales como Canadá, Australia, Sudáfrica, Japón, España, Francia y México. Es el más avanzado en materia de *PPP* y se aplica en sectores como educación, salud, defensa, justicia y transporte, a través de las diferentes modalidades que puede adquirir.<sup>24</sup>

Sin embargo, la noción de los *Public-Private Partnership* tiene un origen más lejano en los Estados Unidos de América. Surgen en el contexto del financiamiento de programas conjuntos en educación entre el sector público y el privado. En los años cincuenta se utilizó para el desarrollo de los *utilities* y para la década de 1960 se extendió su uso para referirse al desarrollo de programas público-privados en materia de renovación urbana.<sup>25</sup> Igualmente, es habitual el empleo del vocablo en el propio país anglosajón para referirse a la provisión, por parte del sector privado, de programas de servicios sociales (fundamentalmente ejecutados por las *non profit organizations*) y al financiamiento de programas de investigación y desarrollo en el campo de la tecnología.<sup>26</sup>

En el plano internacional se aplica a iniciativas conjuntas entre el sector público, las agencias de cooperación, de ayuda internacional y el sector privado, para el enfrentamiento de enfermedades, tecnología agrícola y promoción del desarrollo económico en general. En este contexto, el término *PPP* suele ser entendido como *policy-based* o *programme-based*.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Vid. ECHEVARRÍA PETIT, José Luis, “¿Qué se entiende por participación Público-Privada...?”, ob. cit., p. 82.

<sup>25</sup> Vid. HINOJOSA, Sergio Alejandro, *Un indicador de elegibilidad...*, ob. cit., p. 3 y ss.

<sup>26</sup> Vid. LINK, A., “Public-Private Partnerships in the United States”, en *Industry and Innovation*, No. 6, on line, 1999, pp. 191 a 217, en <http://dx.doi.org/10.1080/13662719900000011>, consultada el 21 de octubre de 2015.

<sup>27</sup> Vid. OECD, *Territorial Reviews Randstad Holland, Netherlands*, OECD Publishing, París, 2007, pp. 221 a 133, en <http://www.oecd-library.org>, consultada el 24 de noviembre de 2016.

El surgimiento y desarrollo de este esquema de financiamiento de infraestructuras públicas, estuvo determinado —en gran medida— por el aumento progresivo del gasto público y del déficit público, que constriñeron a las administraciones a introducir recortes del presupuesto y a encauzarse en la búsqueda de nuevas técnicas de financiación y gestión con la integración del sector privado.

Esta situación de crisis del modelo tradicional presupuestario, que no podía dar respuesta a las necesidades de inversión, dice VASSALLO MAGRO,<sup>28</sup> ha dado lugar a un replanteamiento del papel que debe asumir el sector público. Su objetivo no debe ser realizar una serie de obras o prestar una serie de servicios directamente, sino garantizar que dichas obras y servicios sean prestados a los ciudadanos en las mejores condiciones posibles; es decir, que la Administración Pública evolucione de ser un proveedor directo a ser un comprador y regulador de servicios.<sup>29</sup>

La concepción actual de los *PPP* se sustenta sobre la articulación de proyectos que combinan el diseño, el financiamiento y la construcción con la operación de infraestructuras públicas y de los servicios relacionados.<sup>30</sup>

La noción de *PPP* fue incorporada en el Derecho continental europeo a partir del Libro Verde,<sup>31</sup> sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, presentado por la Comisión Europea en abril de 2004. Desde entonces, se comenzó a utilizar la figura en diversos países de tradición continental, que la han incorporado a sus ordenamientos jurídicos con diversas denominaciones; pero con regímenes jurídicos relativamente similares.

Incluso en Latinoamérica se aprecian ejemplos significativos como Brasil (mediante la Ley 11.079 de 30 de diciembre de 2004,<sup>32</sup> se adoptó la figura de

<sup>28</sup> Cfr. VASSALLO MAGRO, José Manuel y Rafael IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, “Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España”, *CAF*, 2010, p. 80 y ss., consultado en [www.caf.com/publicaciones](http://www.caf.com/publicaciones), el 25 de octubre de 2016.

<sup>29</sup> Para una idea más acabada del tema, resulta interesante la obra de NALLAR DERA, Daniel Mauro, *Regulación y control de los servicios públicos*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, obra completa.

<sup>30</sup> Vid. HEMMING, R., *Public-Private Partnerships, Government Guarantees and Fiscal Risk*, IMF, Washington, DC, 2006, pp. 4-8; FELICES S., Enrique, “Asociación público-privada para el financiamiento de infraestructura: El nuevo rostro del Project Finance”, en *Themis, Revista de Derecho*, No. 50, Perú, 2005, pp. 137-150; DESLAURIERS, Richard, “Asociaciones público-privadas: La experiencia canadiense”, en *RDA*, No. 13, Perú, 2013, pp. 163-171; CUNIL GRAU, Nuria, “El mercado en el Estado”, en *Nueva Sociedad* 221, Buenos Aires, mayo-junio 2009, pp. 35-53, en [www.nuso.org](http://www.nuso.org), consultada el 23 de marzo de 2017.

<sup>31</sup> Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde...*, ob. cit.

<sup>32</sup> *Normas gerais, licitação, contratação, parceria, setor publico, setor privado*, en <http://legislacao.planalto.gov.br>

la *Parcería público-privada*), Argentina (por medio del Decreto 967 de 16 de agosto de 2005,<sup>33</sup> se incorporó al ordenamiento jurídico la *Asociación Público Privada*), Perú (con el Decreto Legislativo 1.012 de 13 de mayo de 2008<sup>34</sup> se introdujo la figura de la APP), Uruguay (mediante la Ley 18786 de 19 de julio de 2001,<sup>35</sup> se creó la figura de la *Participación Público-Privada*) y Colombia (por Ley 1508 de 10 de enero de 2012<sup>36</sup> se establece el régimen jurídico de las APP).

Los efectos de la globalización, el avance tecnológico, la crisis económico-financiera y los problemas de ineficiencia e ineficacia en la gestión administrativa han perfilado el escenario actual, donde el mayor problema financiero que presenta el sector de las infraestructuras públicas es que los costos fijos son muy elevados. En estos casos, la tendencia es hacia la concentración de la propiedad, es decir, hacia estructuras de mercados imperfectos con un cierto poder monopolístico. Esta configuración, determinada por factores de tipo tecnológico en la función de producción, da origen a la denominación de *monopolio natural* que se aplica a esta estructura de mercado.<sup>37</sup>

Desde la propia ideología neoliberal, se reconoce en estos casos un funcionamiento fallido del mercado, que obliga a la intervención administrativa. De esta manera, para hacer frente a aquellas fallas, las infraestructuras públicas y la provisión de algunos servicios de interés general pasan a ser fruto de la provisión pública. Sin embargo, esto ha generado una serie de *fallas de gobierno*,<sup>38</sup> cuestión que ha sido estudiada por los defensores de la nueva economía institucional.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> *Régimen Nacional de Asociaciones Público-privadas*, en <http://www.fiic.la/LEYES>. El 30 de noviembre de 2016 se dicta la Ley 27328 sobre Contratos de participación público-privada, como modalidad contractual alternativa a las Leyes 13.067 y 17.050 sobre contratación pública.

<sup>34</sup> Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, en [https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv\\_publica/docs/normas/normasv/normvinc/DL\\_1012.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_publica/docs/normas/normasv/normvinc/DL_1012.pdf)

<sup>35</sup> Ley de participación público-privada, en <http://www.mtop.gub.uy>

<sup>36</sup> *Régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, en <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/Ley150810012012.pdf>

<sup>37</sup> En general, la mayor parte de las infraestructuras públicas, tanto social como productiva, desde el punto de vista económico es tratada como *monopolio natural*. Vid. KAHN, Alfred, *The Economics of regulation. Principles and Institutions*, The MIT Press, Cambridge, 1988, obra completa; LAFFONT y TIROLE, *A Theory of Incentive in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge, 1993, obra completa; VISCUSI, W. et al., *Economic of Regulation and Antitrust*, MIT Press, Cambridge, 2003, obra completa.

<sup>38</sup> Vid. NESSLEIN, T., "Government Failure: Theory Published", en *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, second edition, Thomas S., 2008, obra completa.

<sup>39</sup> Vid. TULLOCK, G. (1978), *Public Choice in Practice. Collective Decision Making: Applications from Public Choice Theory, Resources for the Future*, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1979, pp. 27-45; WOLF, C., "Market and Non-Market Failures: Comparison and Assessment", *Journal of Public Policy*, 1987; NORTH, D., *Institutions, Institutional Changes and Economics Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

La presencia de estas fallas en la organización pública y la privada ha generado como consecuencia la búsqueda constante del equilibrio entre el mercado y la gestión pública de los servicios. Las respuestas han sido la aplicación de las diferentes técnicas de organización y funcionamiento de la actividad administrativa, como los diferentes mecanismos de regulación o desregulación centralización o descentralización, privatización, vinculación del capital público y privado en todas sus manifestaciones, entre otras.

Como se analizó, a partir de la segunda mitad del siglo xx, consecuencia de los problemas presupuestarios de las administraciones públicas y de las fuertes inversiones que requerían los planes de infraestructuras, la Administración Pública se vio en la necesidad de acudir al sector privado para que financiara y gestionara determinadas obras públicas. Esto ha originado, en los últimos años, el desarrollo de diferentes sistemas de gestión directa o indirecta, así como de distintos modelos de financiación pública, privada, mixta y de colaboración público-privada.

Entre los diferentes modelos de financiación mixta que existen, en los que colaboran ambos sectores, se ha considerado diferenciar aquellos en los que la Administración se limita a aportar a los agentes privados una serie de ayudas con el fin de facilitar el montaje financiero del proyecto, de aquellos modelos de APP en el sentido que se entiende actualmente.<sup>40</sup>

En esta línea evolutiva se insertan los esquemas APP, como un estadio superior en función de la eficiencia y eficacia de la gestión pública. No se trata ya de discernir entre la gestión directa, indirecta o mixta en materia de realización de la actividad administrativa, sino de que el sector público y el privado colaboren entre sí y concentren su actuación en aquello que sean capaces de gestionar mejor.

Las APP existen por iguales razones que se han desarrollado todas las técnicas económicas y jurídicas que vinculan al sector público y al privado en la gestión

<sup>40</sup> Existe un amplio abanico de sistemas de financiación y gestión de las obras públicas. Atendiendo a la procedencia final de los recursos, los distintos modelos existentes pueden clasificarse en tres grandes grupos: 1) Aquellos basados en la financiación pública, tanto presupuestaria como extrapresupuestaria, que incorporan fórmulas de aplazamiento de pago; 2) Aquellos basados en la financiación estrictamente privada, es decir, los sistemas concesionales puros; y 3) de financiación mixta. Todo ello con independencia de que la gestión de la infraestructura sea directa o indirecta. Dado que, con independencia de que la financiación sea pública o privada, la infraestructura puede ser gestionada aplicando cualesquiera de los sistemas de gestión directa o indirecta, que en cada caso la normativa admite, resulta conveniente clasificar los distintos modelos de financiación atendiendo no solamente a la procedencia de los recursos, sino también según el tipo de gestión que se aplique en cada caso. *Vid.* VASSALLO MAGRO, José Manuel y Rafael IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 80 y ss.

de la actividad administrativa. La interacción de ambos en el ejercicio de las funciones públicas ocurre, fundamentalmente, por el reconocimiento de que ninguno de ellos está dotado de conocimiento e información suficientes para solucionar las problemáticas que el contexto contemporáneo devela para el ejercicio de la función administrativa. Desde un prisma economicista, puede decirse que en algunos casos, los costos de producir servicios de infraestructuras por parte del sector público –medidos en términos de coordinación y de operación– son mayores que cuando se hacen a través del sector privado.

La APP, tal como se concibe en la actualidad, surge y se desarrolla sobre el entendido de que la Administración Pública es insuficiente para gestionar eficiente y eficazmente la totalidad de la actividad administrativa. Por ello debe vincularse con el sector privado, que puede contribuir con eficiencia y calidad en la gestión pública. Asimismo, existen bienes y servicios esenciales que han de ser, cuanto menos, controlados por la Administración Pública. Consecuentemente, el esquema colaborativo exige una adecuada distribución de riesgos entre ambos sectores y la posibilidad de participación del sector privado en todas las fases del proyecto, en función de la integración de intereses.

Estos aspectos, en sentido general, determinaron el origen de esta técnica y han condicionado su desarrollo frente a otras vías convencionales de provisión de infraestructuras públicas. En tal sentido, se han ido perfilando las características que la distinguen como novedosa y que la han dotado de identidad propia.

### **III. La cuestión de la definición jurídica de asociación público-privada**

No es posible la articulación adecuada de ninguna institución sin antes perfilar con claridad su sentido y alcance. Definir, en el ámbito del Derecho, no solo es importante desde el punto de vista epistemológico, sino también normativo. Siguiendo a CHAMPEIL-DESPLATS, puede argumentarse que *definir*, en el contexto de la metodología jurídica, puede ser entendido, convencionalmente, como la producción de un enunciado o medio por el cual se determina el significado de algo, de un término o una expresión compuesta. En consecuencia, las definiciones no describen los objetos, sino modelan los conceptos, buscan circunscribir y esclarecer el sentido de los vocablos empleados en un discurso, ya sea con fines informativos para facilitar la comunicación entre el autor del discurso y aquellos que lo reciben, o bien con fines prescriptivos para determinar cómo los vocablos deben ser comprendidos y utilizados.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du Droit et des sciences du Droit*, Dalloz, París, 2014, p. 297.

Una de las principales problemáticas que presenta el tema en estudio es la ausencia de una construcción teórico-jurídica de la APP como técnica específica de vinculación de ambos sectores en función de la gestión administrativa. Los análisis que desde la ciencia del Derecho se han realizado versan –fundamentalmente– sobre la institución contractual mediante la cual se materializa el esquema colaborativo. Incluso, desde la perspectiva de los economistas, no existe una definición unitaria de la figura ni una noción acabada que permita su conceptualización. Y aunque estos han realizado los mayores aportes teóricos sobre el tema, los elementos que integran las disímiles aproximaciones a su concepto no trascienden su noción como instrumento económico-financiero.

A fin de ilustrar lo anterior, pueden identificarse en la bibliografía especializada tres categorías de definiciones. Desde el punto de vista *teórico-doctrinal*, se ha enfocado el asunto desde varias perspectivas. Se han esgrimido conceptualizaciones amplias o restringidas. Algunas de ellas enfatizan aspectos formales; otras, elementos materiales –según se analice desde un prisma político, economicista o jurídico–. Un segundo grupo de acercamientos conceptuales a la técnica en estudio puede basarse en los criterios aportados por *organismos internacionales* y por último, están presentes las *definiciones normativas* incluidas en los ordenamientos jurídicos que han articulado esta técnica.

Una de las primeras líneas teóricas<sup>42</sup> que se han desarrollado para justificar este tipo de acción pública es el resultado del debate generado a fines de los ochenta y comienzo de los noventa sobre la escuela de la Nueva Gestión Pública. Para esta escuela, las alianzas público-privadas son concebidas como *técnicas de gestión* que permiten una mejor utilización de los recursos que posee el Estado.<sup>43</sup>

Por su parte, ECHEVARRÍA PETIT<sup>44</sup> entiende que se trata de

*“emprendimientos de cooperación entre los sectores público y privado, basado en la experiencia de cada socio, que satisface de mejor forma necesidades públicas bien definidas, a través de la distribución adecuada de los riesgos, recursos y recompensas”.*

<sup>42</sup> Vid. PLISCOFF V., Cristián y Juan Pablo ARAYA O., “Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena”, en *Revista Chilena de Administración Pública*, No. 19, Chile, 2012, pp. 173-198.

<sup>43</sup> Vid. HOOD, C., “A Public Management for all season?”, *Public Administration*, vol. 69, 1991, pp. 3-19; SAVAS, E., “A Taxonomy of Privatization Strategies”, *Policy Studies Review*, vol. 18, No. 2, 1990, pp. 110-128.

<sup>44</sup> Cfr. ECHEVARRÍA PETIT, José Luis, “Participación conjunta del sector público y el sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense”, en *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, Facultad de Derecho, Año II, No. 3, Montevideo, 2003, p. 73.

Entretanto, YSA<sup>45</sup> expone que se trata de la

“*cooperación* entre actores públicos y privados, de carácter duradero, en la que los actores desarrollan conjuntamente productos y/o servicios, y donde se comparten riesgos, costes y beneficios”.

Se entiende también a la APP como una *relación formal* entre el sector público y privado, fundada en el cumplimiento de una obligación o desempeño de una tarea. Implica la realización de aportes de recursos por cada uno de los miembros (financieros, humanos, apoyo político); así como la participación de todos los actores en la toma de decisiones e interdependencia absoluta entre ellos para obtener los fines propuestos en función de los intereses comunes.<sup>46</sup>

Se dice también que “es *cualquier acuerdo* entre organismos del sector público y el sector privado. Es una iniciativa de cooperación entre ambos sectores, basada en los conocimientos especializados de cada uno de los asociados que pueden contribuir más eficazmente a alcanzar objetivos claramente definidos mediante una clara asignación de los recursos, los riesgos y las retribuciones”.<sup>47</sup>

Los ejemplos precedentes ponen de manifiesto definiciones que por su amplitud impiden identificar con precisión los elementos que distinguen a las APP. Así, tomando como referencia cualquiera de ellas, podrían incluirse variadas *técnicas de gestión o emprendimientos de cooperación*, como la propia concesión administrativa o determinadas modalidades de *joint venture*. Consecuentemente, no presentan una verdadera composición del concepto, pues no es posible en su virtud determinar su sentido ni comprender con certeza su alcance.

Por su parte, ROBALINO ORELLANA<sup>48</sup> generaliza que

“... la *asociación público-privada* es, como su nombre lo indica, una asociación, es decir, la conjunción de capitales públicos y privados para el desarrollo de un fin común. En este sentido, la APP no es ni una privatización

<sup>45</sup> Cfr. YSA, Tamyko, “La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futuro”, en *La colaboración público privada y la creación de valor público*, Diputación de Barcelona, 2009, p. 29.

<sup>46</sup> Vid. LICHTENSTEIN, Gabriela y Miguel Ángel OTERO (coords.), *Proyecto: Evaluación del impacto de las asociaciones público privadas en la sostenibilidad de los sistemas de agua potable y saneamiento*, Municipalidad de San Fernando-Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo IIED, Secretariado de Manejo del Medio Ambiente para América Latina y el Caribe, 2001.

<sup>47</sup> HARTWICH, F. et al., *Building Public-Private Partnerships for Agricultural Innovation. Food Security in Practice Technical Guide Series*, Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias (IFPRI), 2007, en <http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/sp4.pdf>, consultada el 25 de octubre de 2016.

<sup>48</sup> Cfr. ROBALINO ORELLANA, Javier, “Las asociaciones público-privadas, una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, *Revista de Derecho*, No. 13, UASB-Ecuador/CEN, Quito, septiembre 2010, pp. 97 a 108.

exclusivamente ni tampoco una concesión. [...] Es la creación de un vehículo o de un proyecto, en conjunto, entre un órgano público y un sujeto privado, mediante aportes mutuamente acordados”.

Los aportes, dice el propio autor, pueden ser variados. Por ejemplo, por vía de capitalización, emisión de valores, titularización, “*knowhow*”, “*goodwill*”, y otras formas de intangibles; en cuyo caso la valoración de estos es indispensable para alcanzar un equilibrio financiero en la ecuación contractual. En este caso, se opta por una definición en sentido negativo y se dota a la APP de un carácter residual. Sin embargo, tal formulación no evita la amplitud del concepto y mantiene –al igual que las anteriores– la falta de nitidez sobre sus rasgos esenciales como figura novel y específica.

Desde otro punto de vista, se ha concebido a la APP como un instrumento de *governance*<sup>49</sup> o de acuerdos organizacionales y financieros, partiendo del argumento según el cual, tanto el sector público como el privado tienen cualidades específicas y si estas se combinan, el resultado final será mejor para todos los actores y la sociedad en su conjunto.<sup>50</sup> Esta postura resta valor a las características fundamentales de la técnica y enfatiza en las consecuencias políticas de su implementación; lo cual constituye una desnaturalización de la APP. Además, debe tenerse en cuenta que toda técnica o actuación administrativa –en sentido general– que esté en función de una *mejor* gestión pública, se inscribiría como instrumento de gobernanza.

En un sentido diferente, se sostienen definiciones que conciben a las APP como una figura de naturaleza jurídica contractual. Así, Sergio A. HINOJOSA<sup>51</sup> la entiende como una

“*relación contractual* público-privada que se materializa en un esquema jurídico-financiero entre una organización pública (dependencia, secretaría,

<sup>49</sup> Vid. PLUMPTRE, Tim y John GRAHAM, *Governance and Good Governance, International and Aboriginal Perspectives*, Institute of Governance, Ottawa, 1999, en [www.iog.ca/publications/govgoodgov.pdf](http://www.iog.ca/publications/govgoodgov.pdf), consultada el 25 de octubre de 2016; PIERRE, Jon y B. Guy PETERS, *Governance, Politics and the State: political Analysis*, St. Martin’s Press, New York, 2000; MAYNTZ, Renate, “El Estado y la gobernanza moderna”, en *Revista del CLAD, Reforma y democracia*, No. 21, Caracas, octubre 2001, pp. 7-22; WHITTINGHAM MUNEVAR, María Victoria, “Aportes a la teoría y praxis de la nueva gobernanza”, en *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, No. 33, octubre 2005, Caracas, pp. 1-15; CANTO SAENS, Rodolfo, “Gobernanza y democracia, de vuelta al río turbio de la política”, en *Gestión Pública*, vol. XXI, No. 2, II semestre de 2012, México, pp. 333-374.

<sup>50</sup> Vid. ARAYA ORELLANA, Juan Pablo, “Alianzas público-privadas y participación: un análisis desde la teoría”, XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 de octubre a 2 de noviembre, 2012, p. 3, en <http://201.200.251.131/dgsc/documentos/cladxvii/arrayajua.pdf>, consultada el 25 de octubre de 2016.

<sup>51</sup> Vid. HINOJOSA, Sergio A., *Un indicador de elegibilidad...*, ob. cit., p. 5.

ministerio, empresa pública) y una compañía privada (sociedad de propósito específico, inversionista proveedor, desarrolladores o contratista) para la provisión de proyectos de infraestructuras y de sus servicios relacionados”.

En esta propia línea teórica, Eduardo ENGEL considera que la APP es un *contrato* mediante el cual un gobierno encarga a un privado el financiamiento, la construcción, la operación y el mantenimiento de una obra de infraestructura pública. Pasado un tiempo, la obra pasa a manos de un organismo del gobierno, que en adelante se encargará de su mantenimiento y operación.<sup>52</sup>

Estos últimos ejemplos restringen el alcance de la APP, pues ella –como técnica jurídica– no tiene naturaleza exclusivamente contractual en tanto presenta una modalidad de índole institucional. Asimismo, no se trata de un tipo de contrato en específico porque –como se expone más adelante– en su virtud pueden concertarse variedad de especies contractuales.

Por su parte, organismos internacionales y públicos han facilitado también aproximaciones conceptuales de APP. Todas ellas, desde la generalidad, perfilando determinados principios, concibiéndola como una mutación del régimen concesional o enfatizando en la administración concertada, como base de la relación entre ambos sectores. De esta manera, no se encuentra tampoco en la voz de estos entes una definición que contenga los elementos distintivos de la APP.

Así, por ejemplo, el “*Public Private Partnerships for the Urban Environment Programme*” (PPPUE) del PNUD ha establecido que

“las *alianzas público-privadas* son diálogos informales entre el sector público y privado, en donde se otorgan concesiones al sector privado, pero bajo la premisa de una gestión coordinada donde se comparte la propiedad y responsabilidades”.

El Banco Europeo de Inversiones, por su parte, entiende que

“... colaboración público-privada es un término genérico que describe las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público. El término colaboración público-privada se usa, pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo, desde asociaciones estratégicas, informales o flexibles, hasta

<sup>52</sup> Vid. ENGEL, Eduardo, Ronald FISCHER y Alexander GALETOVIC, *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*, Colección de Lecturas: 105, *El Trimestre Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, Cap. 1.

contratos DBFO (diseño, construcción, financiación y operación) pasando por las empresas mixtas”.<sup>53</sup>

En el Libro Verde,<sup>54</sup> en el ámbito comunitario europeo, la expresión “colaboración público-privada” carece de definición. En sentido general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial; cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

Sobre esta definición se han determinado –principalmente en Europa– los elementos que fundamentan el sentido y alcance de las PPP. Al efecto, CASARES MARCOS<sup>55</sup> señala que, a partir de tales postulados, se configuran cuatro elementos claves en su articulación:

“la dilatada duración del proyecto, el papel cualificado del sector privado en el modo de financiación, su importante papel en cuanto operador económico que participa en las diferentes fases y, por último, el complejo y delicado reparto de los riesgos entre los socios público y privado, que habrá de redundar en la asunción por este último de riesgos que habitualmente soporta el sector público a cambio de una determinada prima de riesgo”.

Asimismo, la OCDE delimita conceptualmente a las APP como una manera de entregar y financiar servicios utilizando un activo de capital, en donde los riesgos del proyecto se comparten entre el sector público y el privado. Se definen también como un acuerdo de largo plazo entre el gobierno y un socio privado, en donde los objetivos de entrega del servicio se alinean con los objetivos de ganancia del socio privado. En el acuerdo que se establece se especifica la cantidad y la calidad del servicio que se requiere del privado que puede recibir pagos del gobierno, de los usuarios directos o una combinación de ambos.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Vid. GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel, “Análisis de la regulación por la LCSP de la nueva figura contractual de colaboración entre los sectores público y privado”, en *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*, Consejo Económico y Social de la comunidad de Castilla y León, 2010, pp. 599-694.

<sup>54</sup> Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde...*, ob. cit.

<sup>55</sup> Vid. CASARES MARCOS, Ana Belén, “Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León”, en *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*, Consejo Económico y Social de la comunidad de Castilla y León, pp. 33-194.

<sup>56</sup> OCDE, *Public Governance and Territorial Development Public Management Committee, 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials 6-7 June, Luxembourg, 2012, Hand-out. From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnership*, en <http://www.oecd.org/gov/budgetingandpublicexpenditures/48144872.pdf>, consultada el 24 de noviembre de 2016.

Por su parte, la AECID entiende por *alianza público-privada para el desarrollo* a la

“relación voluntaria, colaborativa y formal entre la AECID, las administraciones públicas de los países socios y una o varias entidades del sector empresarial, de la sociedad civil y del ámbito universitario, de España, de los países socios o de terceros países, en la que se establece un objetivo común, con un demostrable impacto en desarrollo y en la que se definen conjuntamente las responsabilidades y se asumen conjuntamente los recursos, los riesgos y los logros”.

Esta definición incluiría, exclusivamente, a las *PPP* que se consoliden en función del desarrollo; aspecto que es clave, además, para la adhesión de la AECID.<sup>57</sup>

Para el Banco Europeo de Inversiones se trata de un término genérico para las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado, normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del último para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público. De esta manera, se incluye una amplia variedad de acuerdos, asociaciones estratégicas, informales o formales, contratos *DBFO*, empresas mixtas.<sup>58</sup>

El Parlamento escocés, en 2001, esbozó también una definición, afirmando que es

“un medio de utilización de financiación y técnicas privadas para la ejecución de proyectos tradicionalmente realizados por el sector público. Estos incluyen proyectos intensivos en el uso de capital, tales como colegios, hospitales, carreteras y equipamientos de agua. En lugar de que sea una entidad pública quien desarrolle activos fijos y posteriormente detente su propiedad, los gestiones y regule, las *PPP* generalmente implican que el sector privado sea su responsable y los gestione y la Administración Pública adquiera el servicio al contratista durante un periodo de tiempo determinado”.<sup>59</sup>

El *Canadian Council for Public-Private Partnership* considera que es la

“asociación entre los sectores público y privado que se fundamenta en la capacidad de cada parte para cumplir de la mejor forma posible ciertas

<sup>57</sup> AECID, *Protocolo AECID para la gestión de alianzas público-privadas para el desarrollo (APPD)*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en <http://www.aecid.es>, consultada el 24 de noviembre de 2016.

<sup>58</sup> Vid. Banco Europeo de Inversiones, “*The EIB’s role in PPP*”, julio 2004, en <http://www.eib.org>, consultada el 24 de noviembre de 2016.

<sup>59</sup> Vid. ACERETE GIL, J. B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 54 y ss.

necesidades públicas a través del adecuado reparto de recursos, riesgos y compensaciones”.<sup>60</sup>

Como se aprecia, todas estas definiciones tienen como denominador común entender a la APP como mecanismo de financiamiento de infraestructuras públicas. Enfatizan en el esquema colaborativo y de concertación entre ambos sectores; sin embargo, ninguna de ellas se sustenta en elementos jurídicos.

En el *ámbito normativo* internacional, los ordenamientos –de tradición jurídica latina– que han incorporado la APP como mecanismo de gestión de intereses colectivos han procurado definirla y dotarla de un régimen legal, fundamentalmente en la esfera de la contratación pública. Lo anterior responde al intento de delimitarla conceptualmente desde una óptica jurídica. No obstante, del análisis de la recepción normativa de tales criterios, se aprecian únicamente perfiles difusos –sea como técnica o instrumento de gestión administrativa o como una relación contractual o un contrato, propiamente–.

Así, por ejemplo, la Ley de Contratos del Sector Público española establece que:

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevén, la realización de una actuación global e integrada, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general [...]”.<sup>61</sup>

En México, la Ley de Asociaciones público-privadas, de 16 de enero de 2012,<sup>62</sup> proscribe que:

“los proyectos de APP regulados por esta Ley son aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> A continuación se enumeran las prestaciones que delimitan el alcance del precepto y, en consecuencia, la concreción de los contratos referidos. Esto incluye la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado y otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. Ley 30, sobre contratos del sector público, de 30 de octubre de 2007, en <https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/31/pdfs/A44336-44436.pdf>, consultada el 5 de agosto de 2016.

<sup>62</sup> Última reforma publicada en *DOF* 11-08-2014, de los Estados Unidos Mexicanos.

plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermedios o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país”.

El Decreto 967, de 16 de agosto de 2005, complementario de la Ley 17.520 argentina de 1967, sobre realización de obras por concesión,<sup>63</sup> disponía que la APP es un

“modelo mediante el cual el sector público se asocia con el sector privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios, compartiendo los riesgos y mejorando la agilidad de las operaciones”.

Se le entiende, además, como

“instrumento de cooperación entre el sector público y el sector privado destinado a establecer un vínculo obligacional entre las partes, a fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos u otra actividad delegable, observando determinados principios; entre los que se encuentran la eficiencia, respeto de intereses y derechos, indelegabilidad de regulación y poder de policía del Estado, responsabilidad fiscal, transparencia, sustentabilidad económica, asignación de riesgos de acuerdo a la capacidad de gestión de los contratantes y a criterios de eficiencia”.

En tanto, la Ley 1508 de 2012 colombiana<sup>64</sup> establece que “las APP son un instrumento de vinculación de capital privado” y “se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

Como se percibe de lo expuesto, existe una gama diversa de criterios en cuanto a la definición del término APP. Esto genera dificultades en el ámbito doctrinal y legislativo que son consecuencia de la inadecuada construcción teórica de la figura. Ninguna de ellas logra identificar con certeza cuáles son sus límites, alcance y rasgos distintivos, a pesar de presentar determinadas características comunes.

A lo anterior debe agregarse que la noción de APP ha sido utilizada para caracterizar de disímiles maneras y en contextos económicos, políticos y sociales

<sup>63</sup> Puede consultarse a CARDILLI, Riccardo, *La nuova legge...*, ob. cit., p. 11 y ss.

<sup>64</sup> Ley de participación público-privada, Colombia, en <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Ley150810012012.pdf>, consultada el 4 de agosto de 2015.

diferentes, la participación del sector público y el privado en la gestión de un amplio ámbito de actividades económicas; muchas de ellas, tradicionalmente a cargo del Estado. Por otro lado, estas formas de vinculación pública-privada han estado siempre en constante evolución.

Sin embargo, todos los intentos tienen como trasfondo y propósito dotar a la técnica en estudio de perfiles conceptuales autónomos. Esto se debe a que una premisa en el empeño debe ser delimitar a la figura en un sentido estricto y desechar cualquier interpretación en sentido amplio del fenómeno colaborativo como todo esquema en el que participen ambos sectores. Este criterio abarcaría un universo prácticamente ilimitado de modalidades, que incluirían, entre otras, todas las formas indirectas o mixtas de gestión de bienes y servicios de interés general. Consecuentemente, debe entenderse a la APP en su noción estricta, con observancia de la esencia colaborativa del vínculo y el reparto cualificado de riesgos como elementos distintivos.

Dentro de esta gama de criterios, se aprecian rasgos comunes que resultan valiosos en función de depurar los elementos individualizadores de las APP como técnica jurídica. Existe coincidencia en considerar que constituyen presupuestos ineludibles: desde un punto de vista *subjetivo*, la presencia de ambos sectores (público y privado) en la relación que se materialice y que, objetivamente, el esquema se base en el aprovechamiento eficiente y eficaz de las capacidades de cada uno de los agentes. Por su parte, como *elemento teleológico*, puede identificarse que su finalidad esté en correspondencia con la satisfacción de necesidades colectivas.

Si bien se trata de postulados en los cuales existe consenso, la cuestión sigue siendo compleja, pues la noción de interés público depende del contexto económico, político y social del lugar donde se aplique la técnica. Consecuentemente, la determinación de las necesidades colectivas específicas a gestionar mediante APP puede estar también condicionada por esa realidad. Así, en algunos casos, puede considerarse exclusivamente para la provisión de infraestructuras públicas básicas o la prestación de servicios públicos o actividades de interés general, y en otros, puede incluir cualquier aspecto de la actividad administrativa del Estado.

Asimismo, en cuanto al reparto de los riesgos en función de la eficiencia y eficacia de la gestión, es un aspecto con un marcado componente subjetivo. En tal sentido, su efectividad está en consonancia con el diseño adecuado del marco regulatorio, a efectos de posibilitar el control eficaz de la legalidad en materia de actuación administrativa. Se trata de un asunto de especial significación, ya que es, justamente, por este aspecto que la APP materializa un modelo innovador de gestión pública. La financiación deja de ser el centro de atención para darle paso al sistema de distribución de tareas y riesgos.

De su adecuada articulación, se conseguirá el financiamiento idóneo para la actividad que se pretende realizar.

La Administración Pública no asume el rol tradicional de mera pagadora de la provisión de infraestructuras; sino que se involucra como parte del negocio, sin perder las prerrogativas de control sobre este. No puede desentenderse, por tanto, de su responsabilidad de gestión y asume las tareas relativas al establecimiento de objetivos públicos o de las necesidades colectivas a satisfacer, así como la conducción de la ejecución del proyecto u otras responsabilidades que no podrían, por su naturaleza, exigirse al actor privado. El aspecto medular, entonces, en cuanto a la APP, es la adecuada distribución de las tareas y el mejor reparto de los riesgos, sobre la base de que cada parte asuma los que pueda gestionar eficazmente.

Otro asunto que debe resaltarse es que la APP no puede definirse solo como expresión de una operación económica, pues esta disciplina carece de las herramientas teóricas y prácticas para garantizar aspectos en materia de calidad de la gestión de bienes y prestación de servicios públicos o de interés general, uso adecuado de los activos públicos, participación ciudadana, mecanismos de rendición de cuentas por parte del agente privado (y/o el agente público), selección de los proyectos, distribución apropiada de los riesgos, fiscalización contable, mecanismos de solución de controversias, formalidades en la concreción de los esquemas, por solo mencionar algunos ejemplos. Por tales razones, fracasa cualquier intento de definición que entienda a la figura solo como emprendimiento de cooperación, forma de financiamiento, instrumento de vinculación de capitales o cualquiera de las variantes esencialmente similares.

Las APP, por esencia, tienen un sentido social en tanto su objeto es la satisfacción de necesidades colectivas. Esto constituye el fin de la Administración Pública como gestora del interés público. En consecuencia, la eficiencia y eficacia pretendida trasciende la esfera económica y se coloca en el ámbito social. Es el interés colectivo el que condiciona el medio que se utilice para gestionarlo y las técnicas jurídicas, económicas y financieras por las que se opten.

Por su parte, también resultaría desacertado coincidir con una definición jurídica de las APP, que las conciba como una relación contractual o un contrato. Conceptualizarlas con este criterio limitaría su aplicación, pues su propia esencia permite la concertación de una amplia gama de modalidades contractuales y, por otro lado, se excluiría a las de tipo institucional. Las APP no constituyen una nueva tipología contractual, sino que se trata de un esquema o modelo con características jurídicas propias y novedosas, dentro del cual pueden desarrollarse diversas figuras contractuales. Atinadamente plantean ARBULÚ

y CABRERA que las APP son un concepto y no un tipo de contrato. “Esta puede desarrollarse, eso sí, bajo distintas fórmulas jurídicas”.<sup>65</sup>

#### IV. Elementos de base para una definición jurídica de asociación público-privada

En correspondencia con lo analizado precedentemente, se proponen cuatro elementos que deben configurar la definición jurídica de la APP como técnica de gestión administrativa, devenida de la propia evolución del fenómeno intervencionista estatal en la economía:

- A. El *elemento subjetivo* que se configura mediante la concreción de una relación jurídica administrativa, donde los sujetos involucrados son la Administración Pública y un agente privado. La primera, entendida en sentido amplio, en toda la magnitud de su aspecto estructural como sistema organizado; es decir, incluidos todos los entes administrativos con competencias atribuidas *ex lege* para ser sujetos de dicha relación jurídica. Podrán intervenir entonces órganos de la Administración central, las administraciones locales e, incluso, los entes instrumentales de estas.
- B. Como *elemento objetivo* se distinguen los bienes y servicios públicos o de interés general que son gestionados utilizando esta técnica. En este aspecto, debe abarcarse todo el ámbito de la actividad administrativa, pues el propio origen y desarrollo de las APP se fundamenta en la necesidad de elevar la eficiencia y eficacia de la gestión pública, entendida en toda su magnitud.
- C. Por su parte, el *elemento teleológico o finalista* está determinado por el propósito exclusivo de la técnica de satisfacer necesidades colectivas. Este aspecto, de conjunto con la participación como sujeto de la Administración Pública en la relación jurídica, determina que el régimen jurídico de la APP sea –principalmente– *iuspúblico*. En virtud de su carácter asociativo, las metas y prioridades se establecen de común acuerdo. Sin embargo, el fin perseguido, las actividades sobre las que se materializa la figura y la presencia de la Administración Pública como sujeto de la relación jurídica condicionan su régimen jurídico, que implica la limitación correspondiente a la libertad de partes al momento de fijar las condiciones sobre las que se ejecutará el proyecto.
- D. Por último, resulta necesario distinguir un *elemento formal*. No es posible la materialización de una APP sin la concreción de un esquema de colaboración que tenga como presupuesto la adecuada compartición de los riesgos

<sup>65</sup> ARBULÚ, I.; Ch. CABRERA, “Un nuevo elemento en las asociaciones público-privadas: el comparador”, Informe Especial, Sistema Nacional de Inversión Pública, en *Revista Gestión Pública* No. 15, Perú, octubre 2008, en <http://www.scielo.org.co>, consultada el 25 de octubre de 2016.

y responsabilidades del negocio. Su carácter asociativo es un elemento de base para su configuración y realización, en cuanto presupone mucho más que la confluencia de ambos sectores. El esquema se prevé en función de un propósito común y debe articularse en torno a intereses consensuados e integrados –sea que se materialicen en su modalidad contractual o institucional–. Este rasgo es fundamental para diferenciarla de otras técnicas como la concesión y la privatización y permite, además, excluir del alcance de la definición las técnicas de gestión indirecta tradicionales.

En correspondencia con lo abordado precedentemente, se propone la siguiente definición jurídica de *asociación público-privada*:

*Es la técnica jurídica mediante la cual se concreta una relación de carácter asociativo entre la Administración Pública y un agente privado, bilateral y temporal, con el propósito de gestionar necesidades colectivas específicas en cualquier ámbito de la actividad administrativa; con el establecimiento de un esquema de colaboración y distribución adecuada de riesgos y sometido a un régimen jurídico de Derecho Administrativo.*

## V. Características de las asociaciones público-privadas

La ausencia de una definición unitaria de APP y las controversias suscitadas en cuanto a su delimitación conceptual, trascienden a cualquier intento de caracterización. Al no existir consenso al respecto de estos asuntos, los postulados que se esgrimen varían en correspondencia con el autor que acometa su sistematización. Sin embargo, aquellas que suelen reconocerse como esenciales para distinguir la existencia de un diseño APP, están en correspondencia ineludible con su fundamento económico más relevante: el logro de una gestión administrativa al menor costo posible.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> 1. *Eficiencia y eficacia* en el cumplimiento de la función administrativa; 2. *valor por dinero (value for money)*: el privado debe ofrecer mayor calidad a un determinado costo o iguales resultados de calidad a menor costo; 3. *transparencia*: toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones en las etapas de evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas deberá ser de conocimiento público; *indelegabilidad de las funciones de regulación y del poder de policía del Estado*; 4. *asignación adecuada de riesgos*: los riesgos deben asignarse a aquel que tenga mayor capacidad para administrarlos a un menor costo, considerando siempre el interés público y las características del proyecto; 5. *responsabilidad presupuestal o fiscal*: capacidad del Estado para adquirir los compromisos financieros; 6. *respeto a los intereses y derechos de los usuarios de los servicios públicos y de los entes privados involucrados en los emprendimientos públicos*. Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde...*, ob. cit.; RAMALLO MASSANET, Juan, “El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada”, trabajo presentado el 9 de julio de 2007 en el *Seminario sobre el control externo de las Administraciones Públicas V: avanzando en la evaluación de políticas*, organizado por la Audiencia de Cuentas de Canarias en la

El énfasis, además, se coloca en la consideración de que los esquemas APP, para su concreción, requieren más que la simple colaboración entre el sector público y el sector privado para la construcción, el mantenimiento y la explotación de infraestructuras públicas o la gestión del interés colectivo en general.<sup>67</sup> No toda relación en la que confluya el sector público y el privado puede considerarse como una APP; es necesario que exista una cualificación de esa colaboración en función de una gestión eficaz del interés colectivo. Esta condición, como se significó anteriormente, constituye fundamento para su delimitación conceptual como técnica de perfiles autónomos.

Si bien estos elementos distintivos son punto de referencia importante en tanto contribuyen a la unificación de criterios, no se sustentan sobre un fundamento jurídico. En tal sentido—en consonancia con el propósito de este estudio—, resulta imprescindible establecer las características de la APP como técnica jurídica. Estas se derivan de la definición anteriormente propuesta y son las siguientes:

1. *Determina una relación jurídica con carácter asociativo sometida al régimen jurídico-administrativo.* Esto implica su ordenación mediante un régimen de Derecho público —específicamente administrativo—. Como consecuencia, su ámbito de aplicación y funcionamiento se enmarca dentro de la función administrativa en correspondencia con la conexión directa que existe entre la APP y la satisfacción de ciertas necesidades colectivas que la Administración Pública debe atender como garante fundamental del interés público.
2. *Es un negocio jurídico bilateral,* en tanto se generan derechos y obligaciones mutuos entre los sujetos intervinientes. Requiere, además, del consentimiento de ambas partes para producir efectos jurídicos.
3. *Es formal.* El elemento formal —como se planteó precedentemente— se esgrime esencialmente para la configuración y validez de la relación jurídica que surge de la APP. Este fenómeno asociativo requiere la presencia de un instrumento jurídico que constituya, formalmente, título habilitante para la concreción de los efectos jurídicos previstos —sea que se opte por la vía contractual o por la constitución de una APP de índole institucional—; en cuyo caso la forma estaría en correspondencia con el tipo societario que se manifieste. En cualquiera de las variantes, el elemento formal constituye la vía jurídica que permite a la Administración Pública expresar su voluntad —como persona jurídica, parte de aquella relación iusadministrativa.

---

Universidad de Verano de Maspalomas, versión digital en [www.dialnet.com](http://www.dialnet.com), consultado el 24 de octubre de 2015, texto íntegro.

<sup>67</sup> Vid. VASSALLO MAGRO, José Manuel y Rafael IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 80 y ss.; GONZÁLEZ SERNA, Carlos André, “De los avances legislativos en Asociaciones Público Privadas —APP—: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada”, en *Justicia Juris*, vol. 10, No. 1, enero - junio de 2014, Colombia, pp. 21-30.

4. *Se realiza en función del interés público.* Este aspecto –como se ha expresado con anterioridad– es el que determina el carácter público de la relación jurídica que se materializa, así como su régimen legal autónomo.
5. *La Administración Pública ostenta determinadas potestades jurídicas de ejercicio unilateral.* Esta característica se deriva de que la actividad objeto del esquema APP no pierde su carácter público. Es consecuencia directa, además, de la intervención de la Administración Pública como sujeto en calidad de garante de los intereses públicos.
6. *Tiene carácter temporal.* Esto se deriva del propio elemento objetivo de la APP y de la finalidad que persigue el negocio jurídico concertado, en tanto se persigue la satisfacción de una necesidad colectiva concreta que, una vez concretada da culminación a la relación jurídica.
7. *La actividad administrativa objeto de la APP se sustenta en un esquema de reparto de riesgos según la posibilidad de cada parte para asumirlos.* Esta característica resulta del hecho de que la APP es un medio por el cual la Administración Pública comparte con otro sujeto la gestión administrativa sin desprenderse del riesgo económico que se genere de la ejecución del negocio. Por el contrario, se trata de lograr una distribución adecuada de este bajo la égida del principio de eficiencia y eficacia.
8. *Tiene siempre un condicionamiento político-económico.* Esta característica se deriva de la propia relación que existe entre la economía, el Estado, la Administración Pública y el Derecho administrativo. Como se analizó precedentemente, el origen y evolución de la técnica en estudio está estrechamente vinculado al fenómeno intervencionista estatal en la economía. Su construcción teórica, aplicación y desarrollo estarán condicionados por los intereses políticos y económicos imperantes en un contexto espacial y temporal determinado. Consecuentemente, su existencia misma, admisión e importancia como institución iusadministrativa estarán siempre condicionadas por las transformaciones políticas y económicas de cada país. La APP, como técnica jurídica administrativa, está vinculada con la satisfacción de necesidades colectivas y con las concepciones que se tengan en materia de gestión pública en función de ese objetivo.

## **VI. Distinción de la APP con la concesión administrativa**

Otro de los aspectos que debe dilucidarse respecto del tema que se analiza, es el referido a las interferencias teóricas y prácticas que, comúnmente, suelen existir y que desvirtúan el sentido y alcance de la APP. Es habitual que existan confusiones con otras técnicas, fundamentalmente con la concesión administrativa. Lo anterior resulta otra de las consecuencias negativas que se derivan de la ausencia de una definición unitaria de la técnica en estudio. Al no existir una noción precisa de la figura que permita delimitar conceptualmente sus

elementos, es natural que tienda a asimilarse como variante evolutiva de otras en el marco de la participación del sector privado en la gestión administrativa.

Tales imprecisiones teóricas generan –entre otras consecuencias– una inadecuada recepción normativa de la APP, como ocurre, por ejemplo, en Brasil al entenderse a la *Parcería público-privada* como un contrato administrativo de concesión.<sup>68</sup> Por tales razones, es necesario establecer las distinciones fundamentales que permitan identificar a la APP con la autonomía correspondiente.

Si se contrastan los rasgos jurídicos que distinguen a la técnica concesional con los expuestos en el caso de la APP, pueden comprenderse claramente las razones por las cuales tienden a confundirse estas figuras. Tomando como referencia la línea de análisis de MATILLA CORREA al abordar las características de las concesiones administrativas como técnica jurídica, pueden resaltarse sus innegables puntos de conexión con la APP.<sup>69</sup> Sin embargo, sus diferencias conceptuales también adquieren relevancia e interesan a la presente investigación con matiz esencial. Lo anterior se debe a que el estudio que se realiza tiene

<sup>68</sup> Vid. Ley 11079 de 30 de diciembre de 2004, ob. cit. Puede consultarse COOK, Jacques, “Spotlight on Brazil: Brazil launches new PPP Project”, PPP Resources IP 3’s Public Private Partnerships Information Series, march, 2016, en <http://siteresources.worldbank.org/INTINFANDLAW/Resources/brazilppplawreview.pdf>.

<sup>69</sup> Ambas deben someterse al régimen jurídico-administrativo, pues los bienes, servicios y obras sobre las que recaen o pueden recaer se encuentran en el contexto de actuación de la Administración Pública. Esto permitirá a aquella mantener sus prerrogativas, en consonancia con la conservación de un conjunto de potestades jurídicas de ejercicio unilateral, en virtud de los poderes de dirección y control. Asimismo, la materialización de ambas técnicas se realiza en función del interés colectivo y está sometida a formalidades que requieren de la existencia de procedimientos administrativos. En otro orden, en ambas está presente la temporalidad, lo que resulta consustancial a la naturaleza de los intereses involucrados. Otro punto en común es la extensión de los efectos jurídicos a terceros, pues tanto al amparo de una concesión como en el marco de un esquema APP, pueden ser conferidas facultades de expropiación y ocupación temporal de bienes de dominio público; en cuyo caso, los terceros quedan obligados, fundamentalmente, a no perturbar al gestor privado en el ejercicio de aquellas facultades. Por último, puede señalarse el trasfondo económico-político, lo que resulta del hecho de que ambas técnicas constituyen vías para satisfacer necesidades cuando la Administración Pública no está en condiciones de asumir el costo que la gestión requiera; obligación que tiene en el contexto del ejercicio de la función administrativa del Estado. A modo de ejemplo, para reforzar los planteamientos anteriores, puede aludirse al caso de los contratos *DBFO*, paradigma de las *PPP* en el Reino Unido. Estos, teóricamente resultan una figura distinta a la concesión. Sin embargo, en la práctica, su materialización no dista de los contratos de concesiones de obras o de servicios públicos como se conocen en España o América Latina. Sus diferencias se encuentran en aspectos relativos al modo de pago (por disponibilidad y peaje sombra) o mecanismos de licitación (procedimiento negociado); cuestiones que no son consustanciales a la concesión como tal. De hecho, con la regulación actual de la concesión de obra pública en España es perfectamente posible licitar una concesión mediante procedimiento negociado y un sistema de pago al concesionario al amparo de la modalidad de peaje sombra. Vid. VASSALLO MAGRO, José Manuel y Rafael IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 80 y ss.

su punto de mira principal en distinguir la autonomía teórica y funcional de la APP como técnica jurídica de gestión. En correspondencia con lo antedicho, se exponen a continuación las principales diferencias que permiten argumentar la inexistencia de identidad conceptual entre ambas figuras.

La concesión, como institución iusadministrativa,<sup>70</sup> acentúa la titularidad pública del bien o servicio cuya gestión realizará el privado. En cambio, el esquema APP enfatiza en la necesidad de establecer una relación equitativa entre el sector público y el privado y eficiente para la sociedad, en correspondencia con el principio de distribución de los riesgos.

En este aspecto el principio que rige en materia de concesión es el de riesgo y ventura, como resultado del cual el riesgo presente en todo negocio se asume por el concesionario. Este soporta todo el peso de la inversión, es responsable por su recuperación y por la obtención de utilidades. Con independencia de lo anterior, la Administración Pública no puede desentenderse totalmente por su responsabilidad como garante de los intereses colectivos; por lo que la aplicación del principio enunciado se verifica concretamente en el aspecto económico del negocio.

Asimismo, la APP no se concibe como acto administrativo, sino como forma asociativa del sector público y el privado en función de un interés colectivo determinado. Otra nota que acentúa la distancia entre ambas figuras es que la concesión tiene carácter constitutivo, pues surge en la esfera jurídica del concesionario un derecho que no existía previamente, consistente en la posibilidad de explotar el bien de dominio público, ejecutar la obra pública o prestar un servicio público. Por su parte, la APP presupone un esquema de colaboración para la gestión administrativa, en un sentido global; por lo que su alcance no se limita a los bienes demaniales o al servicio público.

De esta manera, el otorgamiento de una concesión pudiese generar la aplicación posterior de un esquema APP o bien su materialización mediante un contrato de la forma que se ha entendido tradicionalmente. Sin embargo, la existencia de una APP no implica, necesariamente, que haya sido otorgada una concesión previa.

<sup>70</sup> MATILLA CORREA, Andry, “Sobre la distinción de las concesiones administrativas en ‘constitutivas’ y ‘traslativas’”, en Andry Matilla Correa y Bruno Cavalcanti (coords.), *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*, Ratio Legis, Librería Jurídica, Salamanca, 2013, pp. 169-206. Sobre la concesión administrativa, consultar a MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones...*, *La concepción administrativa*, Librería Jurídica Internacional, Ángel Potentina Editor, República Dominicana, obra completa.

Incluso, amparados en la figura del contrato de concesión pudieran suscitarse disímiles maneras de concretar la relación entre el sector público y el privado en materia de diseño del proyecto, mecanismos de licitación o contribución del usuario a la financiación de la infraestructura o servicio. En correspondencia con las características que adopte el vínculo, podrá verificarse o no la concreción de una APP. Igualmente, existen modalidades que trascienden el concepto de concesión; por ejemplo, aquellas que implican la creación de entidades mixtas público-privadas.

## VI.1. Tipología

Las APP se pueden diferenciar, tal y como hace el Libro Verde de la Comisión Europea,<sup>71</sup> siguiendo un criterio formal, en contractuales e institucionales. Las primeras son aquellas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato. La idea de las APP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio; y un principal (sector público), que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector. Dentro de este negocio jurídico, pueden verificarse una gama de combinaciones prácticamente ilimitadas.

El tipo más común de APP contractual se deriva de la concesión de infraestructuras, con la noción que se asume en España o América Latina. Esta, conceptualmente, es similar a lo que en el Reino Unido se conoce como contratos *DBFO*, una de las modalidades clásicas de *PPP*.

Otro ejemplo es la *PFI* de origen británico donde, a diferencia de las concesiones, el resarcimiento al operador privado no se realiza a través de los “cánones abonados por los usuarios, sino a través de pagos periódicos realizados por la entidad pública, fijos o variables, según el contrato del que se trate”.<sup>72</sup> Estos se hacen depender del cumplimiento de determinados estándares de calidad establecidos en el contrato. Se trata de un sistema más flexible que el de la concesión administrativa tradicional.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde...*, ob. cit.

<sup>72</sup> Vid. DORREGO DE CARLOS, Alberto y Francisco MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *La colaboración público-privada...*, ob. cit., pp. 81 a 85.

<sup>73</sup> Las alternativas son diversas y surgen de la combinación de las fases del proyecto (financiación, diseño, construcción, operación, mantenimiento, administración) y en correspondencia con el esquema de financiación que se utilice y las tareas específicas que asuma el operador privado. Sobre la base de estos criterios, se han identificado las diferentes modalidades

Para que cualquiera de las modalidades expuestas se considere una APP debe

---

reconocidas de APP contractuales. Desarrolladas en Estados Unidos de América y en Gran Bretaña (asimiladas gradualmente en el ámbito europeo y latinoamericano), las variantes más utilizadas son:

*Llave en mano (turn keyproject)* y el *outsourcing* de servicios. El primero se basa en el esquema *Build and Transfer*. A su amparo, se encarga la construcción de una obra a un operador privado, que debe cumplir las especificaciones dadas por la Administración Pública contratante. La remuneración consiste en el pago de un precio pactado previamente. El segundo se trata de la contratación a terceros de servicios específicos para la gestión o mantenimiento. Se considera que ninguno de los dos son APP en sentido estricto, pues el contrato llave en mano es, en definitiva, una modalidad contractual clásica que en este caso no dejaría de ser un contrato administrativo de ejecución de obra pública. En cuanto al *outsourcing*, es en esencia, el contrato de la Administración Pública para suplir necesidades internas de funcionamiento, donde el operador privado no asume más prestaciones que las relativas a los servicios accesorios específicamente contratados.

*DB (Design and Build)*: el operador privado se compromete a la entrega de un resultado y posee un amplio margen de libertad en cuanto al diseño y ordenación del proceso constructivo. Continúa siendo una forma de concreción de un contrato de ejecución de obra pública, donde la Administración se desentiende, además, de la fase de diseño.

*BLT (Build, Léase and Transfer)*: en este caso, el agente privado construye la infraestructura y luego la arrienda a la Administración Pública durante el plazo de vigencia del contrato. Una vez finalizado este, se transfiere la titularidad del activo público al Estado.

*DBLM (Design, Build, Lease and Maintenance)*: es una variante del anterior, que incluye el diseño y el mantenimiento de la infraestructura por parte del privado, como prestación adicional luego de su arrendamiento a la Administración Pública.

*Sale and Lease Back*: constituye una mera técnica de financiamiento del sector público, pues una vez que la Administración Pública adquiere el activo por parte del privado, se concierta su arrendamiento para la explotación del servicio.

*Lease*: se trata de una figura semejante a la clásica concesión de servicios públicos.

*LDO (Lease, Develop and Operate)* o *LROT (Lease, Renovate, Operate and Tranfer)*, que incorpora al anterior la renovación de los activos por el sector público.

*BBO (Buy, Build and Operate)*, que incluye la extensión o ampliación de los activos.

*DF (Developing Finance)*, que establece una fórmula de financiación del operador privado mediante el derecho a la explotación comercial de parte de la infraestructura o de establecimientos anexos esta.

*Tax-exempt lease* o fórmula de financiación, que consiste en beneficios fiscales al operador privado en contraprestación por la aportación de fondos. Lo que pudiera equipararse a mecanismos tradicionales de fomento.

*Build, Operate and Tranfer*: opera con el esquema convencional de la concesión de obra pública. La Administración Pública adjudica la concesión al privado para que construya una infraestructura, de acuerdo con las especificaciones técnicas, a su riesgo y ventura; la gestione durante la vigencia de la concesión y reintegre después los activos al patrimonio de la Administración concedente. Habitualmente, se constituye una sociedad vehículo (*Special Purpose Company* o *SPC*) para ejecutar las fases de construcción y explotación, acudiendo a fuentes de financiación privada, generalmente bajo la fórmula del contrato de *Project Finance*. A partir del anterior, se genera una diversidad de variantes como:

*DBFO (Design, Built, Finance and Operate)*: es la modalidad original de la *PFI* británica. En este contrato se conciertan con claridad los objetivos perseguidos que concretan la minimización de la contribución financiera de las entidades públicas en la construcción de grandes infraestructuras, el aprovechamiento de la ventaja tecnológica y de gestión; así como la

ser operada con la premisa de una adecuada transferencia de riesgos al sector privado con el fin de incrementar la eficiencia en el uso de recursos públicos y minimizar el impacto presupuestario de la construcción de infraestructuras y la prestación de servicios asociados a esta.

Otro aspecto significativo a tener en cuenta es la transferencia de los activos públicos, pues es importante sentar el criterio que al respecto se sostendrá. Como se evidencia de lo expuesto, pueden existir variantes en las que ocurra una transferencia de los activos públicos en favor del agente privado. Esta, siguiendo la lógica de lo analizado, debe tener un carácter temporal.

Al respecto, se identifican como APP modalidades contractuales donde el sector privado compra o arrienda al sector público infraestructuras ya existentes, sin la obligación de transferir la propiedad de los activos posteriormente al Estado [contratos *Buy-build-operate (BBO)* o *Lease-develop-operate (LDO)*].<sup>74</sup> Sin embargo, en estos casos se sostiene que no se está en presencia de un esquema APP en sentido estricto, si se toma como referencia los elementos distintivos esgrimidos anteriormente. Esto se debe a que no se concreta un verdadero vínculo de colaboración entre ambos sectores. En el caso de la compra, opera una enajenación del activo público y en cuanto al arrendamiento, las potestades que la Administración Pública conserva se sustentan sobre la base de técnicas tradicionales de la actividad de policía. Asimismo, en este último caso, lo que se concreta generalmente es una mera forma de financiamiento. Esto no implica, además, una distribución de los riesgos efectuada en función de la gestión eficiente del interés colectivo.

El segundo tipo de APP son las denominadas *institucionales*. En este caso, la relación entre ambos sectores no se basa en una relación contractual entre un agente y un principal, sino en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión de la infraestructura. El modelo institucional es menos común que el contractual y presenta como desventaja

---

capacidad de innovación del sector privado y mejorar la eficiencia (*Best Value for Money*) de los recursos públicos, mediante la adecuada transferencia de riesgos al operador privado.

*DBMF (Design, Build, Manage and Finance)*: se utiliza sobre todo en Inglaterra para la construcción de centros penitenciarios, y en otros países para otras infraestructuras que no sean susceptibles de explotación comercial convencional.

*BOO (Build, Own and Operate)*: se caracteriza por que el operador privado mantiene la titularidad del activo y se emplea, habitualmente, en proyectos relativos a canalización y saneamiento de gas, tratamiento de residuos sólidos urbanos. La remuneración para el actor privado la constituye el pago de una cuantía por parte de la Administración Pública y de la explotación de las infraestructuras.

<sup>74</sup> *Metodología para la correcta estructuración de asociaciones público-privadas*, Bogotá D.C., en [http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T\\_NORMA\\_ARCHIVO&p\\_NORMFIL\\_ID=2956&f\\_NORMFIL\\_FILE=X&inputfileext=NORMFIL\\_FILENAME](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T_NORMA_ARCHIVO&p_NORMFIL_ID=2956&f_NORMFIL_FILE=X&inputfileext=NORMFIL_FILENAME) 2012, p. 27, consultada el 15 de diciembre de 2016.

que apenas se desarrolla en un escenario competitivo; lo que puede operar como factor de desestímulo para el sector privado en materia de eficiencia.

Las APP institucionales se caracterizan y diferencian de las contractuales porque admiten la creación de una persona jurídica *ad hoc* para el cumplimiento de los objetivos comunes entre el agente privado y la Administración Pública. En ellas los recursos son administrados y ejecutados a través de una persona jurídica diferente a la entidad pública y el agente privado, mediante la creación de un vehículo de propósito especial (*SPV*). Se desarrollan a través de sociedades de riesgo compartido (*joint ventures*).<sup>75</sup>

Otra diferencia entre las modalidades contractuales e institucionales radica en la precisión o delimitación del proyecto. Las primeras requieren una definición clara de este desde el inicio, pues se debe establecer su duración y costes; las segundas, tienen por objeto el desarrollo de proyectos más generales y, en consecuencia, este no necesariamente tiene que estar definido desde el comienzo.

Al respecto, explica YSA<sup>76</sup> que en la *PPP* contractual se encuentran básicamente proyectos delimitados, porque existe un conocimiento elevado de la iniciativa que se debe desarrollar, se conoce su duración y los costes de mercado, existe experiencia previa de otros proyectos semejantes sobre los que aprender y, por tanto, las cifras y los tiempos están bastante ajustados.

En cuanto a los *PPP* institucionales, alega que se caracterizan por los siguientes elementos: el proyecto no está acotado ni está completamente definido, los socios han de contribuir a su gestación, se sabe cuándo se inician, pero es difícil saber cuándo terminarán, se gestionan funciones más generales, más abstractas y desde el punto de vista jurídico, se acogen a un régimen de derecho privado.

Como se aprecia, las modalidades de APP que se han ido desarrollando responden, fundamentalmente, a un criterio distintivo basado en la fase del proyecto que asume el sector privado y en el destino de los activos involucrados. Sin embargo, toda esa gama de posibilidades, más que tipos, son variantes mediante las cuales puede concretarse el esquema APP. Estas, además, son coyunturales, pues son susceptibles de incrementarse, reducirse o modificarse en correspondencia con las circunstancias políticas, económicas y sociales del país donde se apliquen. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, si se

<sup>75</sup> Vid. LLERA FERNÁNDEZ, Roberto, "Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria", en *Revista de estudios regionales*, 2009, pp. 337-350, <http://www.revistaestudiosregionales.com/pdfs/pdf1088.pdf>, consultada el 25 de octubre de 2016; LÓPEZ CORRAL, Antonio, *Infraestructuras y presupuesto...*, ob. cit., pp. 337-350.

<sup>76</sup> YSA, Tamyko, "La gestión de partenariados público-privados...", ob. cit., pp. 23-38.

pretende establecer una verdadera distinción en cuanto a su tipología, resulta más atinada la disección entre contractuales e institucionales por tomar como criterio determinante la forma de concreción o el elemento formal: en un caso, el contrato como instrumento legal y en otro, la creación de un ente dotado de personalidad jurídica.

## VII. Breves ideas de cierre

En correspondencia con lo expuesto precedentemente, pueden concretarse algunas ideas a modo de conclusiones:

Es importante tener en cuenta que –si bien los antecedentes inmediatos que conducen a la noción actual de APP se ubican en el sistema anglosajón– no puede desconocerse que la vinculación del sector privado a la ejecución de proyectos de infraestructuras públicas ha tenido diversos mecanismos, que no solamente incluyen los modelos desarrollados en Estados Unidos de América y posteriormente en el Reino Unido. Además, las diferentes fases de la intervención pública en la economía, a lo largo del tiempo, han determinado –o al menos condicionado– el surgimiento e implementación de las distintas técnicas y modos de organización y actuación administrativas. Realidad que encuentra un sustancioso historial dentro de los sistemas de Derecho de influencia romano-germano-francesa.

No existe una definición jurídica unitaria de APP y su construcción teórica inadecuada genera disfuncionalidad al insertarse en los ordenamientos jurídicos con tradición del sistema de Derecho continental europeo.

Los elementos que consideramos deben configurar la definición jurídica de la APP son: un *elemento subjetivo* (relación jurídico-administrativa, donde intervienen como sujetos la Administración Pública y un agente privado); un *elemento objetivo* (bienes y servicios públicos o de interés general gestionados mediante la técnica); un *elemento formal* (concreción de un esquema de colaboración que tenga como presupuesto la adecuada compartición de los riesgos y responsabilidades del negocio, en correspondencia con el título habilitante que lo autorice); y un *elemento teleológico o finalista* (su propósito exclusivo es satisfacer necesidades colectivas y, consecuentemente, debe estar sometido a un régimen preminentemente iusadministrativo).

# Breves apuntes sobre la concepción teórica de la autorización administrativa: de la concepción clásica a su fisonomía contemporánea

---

---

JOLENE PEREIRA BASANTA\*

*“Time present and time past are both perhaps present in time future, and time future contained in time past”.*

T. S. ELIOT, *Cuatro cuartetos*, 1936.

## I. Observaciones preliminares

La evolución dogmática de la autorización administrativa no ha transcurrido por un camino llano. Desde que comenzara a aparecer la figura con unos perfiles teóricos sólidos, y a lo largo de su existencia, ha sido una técnica moldeable a tendencias de pensamientos políticos y económicos, así como a la diversidad de fines que ha desempeñado en cada lugar y momento el Estado moderno desde su instauración. Al ser la autorización una técnica en manos de la Administración, que controla la iniciativa privada en función de los intereses públicos, muestra especial sensibilidad a la variabilidad y contingencia de la actividad administrativa y a las concepciones políticas imperantes en un momento dado, de forma tal que puede afirmarse que los cambios estructurales y funcionales que ha sufrido han sido adaptaciones a causa directa de los rumbos del Estado moderno.

El tránsito que dio la autorización administrativa, desde lo que se conoce como su concepción clásica hacia planteamientos contemporáneos, fue un fenómeno que se originó en el plano normativo, pero que tuvo su desarrollo científico en el terreno doctrinal. Con la mirada fija en un legislador que modificaba lo que se entendía como modelo estándar de la figura, la doctrina se dio a la tarea de explicar o intentar sistematizar el nuevo orden de cosas que sucedía de cara a la autorización administrativa. El debate y la controversia científica son las mejores lupas a través de las que se puede mirar el devenir dogmático de la

\* Licenciada en Derecho (Universidad de La Habana, 2007). Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana, 2011). Máster en Derecho y Medio Ambiente (Universidad Internacional de Andalucía, España, 2011). Exprofesora adjunta de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Exjueza de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana. Abogada (España).

autorización administrativa, sus múltiples factores, motivaciones y argumentos que convergieron en el proceso de cristalización de la institución jurídica. Por ello se abordará su línea evolutiva a partir del análisis de las posiciones doctrinales que han marcado un hito en el tema, o han realizado significativos aportes a la construcción teórica de esta institución jurídica.

## II. De la concepción clásica de la autorización administrativa

La autorización administrativa gozaba de presencia destacada en los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos del siglo XIX; sin embargo, el ser una técnica de frecuente uso por las Administraciones burguesas del periodo no riñe con el hecho de que hasta finales de la época decimonónica, vivió casi en el anonimato teórico. Pese a figurar en algunas obras generales de Derecho administrativo desde mediados del siglo XIX, su identificación como categoría jurídico-pública se desarrolla a finales de ese siglo con el impulso dado por la obra general de Derecho administrativo alemán de Otto MAYER (1895)<sup>1</sup> y la monografía dedicada a la teoría general de la autorización y la concesión administrativa del italiano Oreste RANELLETTI (1894).<sup>2</sup> Sendos trabajos que marcaron los primeros pasos hacia la consolidación de las bases teóricas de la autorización administrativa, dejándonos como legado principal dos posiciones –en principio, divergentes– sobre la construcción teórica de la institución. De la simbiosis de las dos tesis surge lo que con posterioridad se ha conocido como la concepción clásica de la autorización; desde entonces hasta la fecha, son contados los autores que abordan el tema enunciando como referencias doctrinales primigenias las obras de ambos autores, advirtiéndose en muchos casos la influencia de una u otra corriente de pensamiento.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895. La versión en castellano de la obra en MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. II, *Parte especial: Poder de policía y Poder tributario*, De Palma, Buenos Aires, 1950.

<sup>2</sup> RANELLETTI, Oreste, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Parte I, Unione Tipografica, Torino, 1894.

Remitimos a la obra de LAGUNA DE PAZ, José Carlos (*La autorización administrativa*, Navarra, 2006, Thomson Civitas, p. 108) si se desea indagar sobre los orígenes de la autorización administrativa previo a los años en que se publicaron las obras de MAYER y RANELLETTI. Véase también al texto clásico de Derecho público español de la autoría de COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, Don Ángel Callejas, Madrid, 1850, p. 293 y 337 y ss.

<sup>3</sup> Véase que los prolegómenos al tema de la autorización administrativa comienzan con referencia a los aportes de MAYER y RANELLETTI, en los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, II, Thomson Reuters, Madrid, 2011; MANZANEDO MATEOS, José Antonio, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, IEAL, Madrid, 1968; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *Revista de Administración Pública*, No. 24, 1957, pp. 117-162; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general* II, Iustel, Madrid, 2004; DESDENTADO DAROCA,

Para MAYER, la autorización administrativa —a la que denominó como *prohibición de policía con reserva de permiso*— habilitaba al particular para el ejercicio de determinada actividad que se hallaba prohibida; operaba como el título que levantaba, para el caso concreto, la prohibición general de quebrantar el orden público.

RANELLETTI construye el concepto de autorización a partir de su diferenciación con la concesión administrativa. Si con la concesión se constituye o traslada una titularidad activa de naturaleza pública en la esfera jurídica del particular a la que no se tiene derecho subjetivo, con la autorización administrativa se remueven los obstáculos legales impuestos por la norma en función de la protección del orden público, y se libera el ejercicio de derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico. La autorización funge entonces como un mero mecanismo de remoción de límites, que libera al individuo de los obstáculos a favor del ejercicio pleno de un derecho previo, de ahí su naturaleza declarativa de titularidades activas preexistentes.<sup>4</sup>

Autores contemporáneos han llegado a la conclusión de que lo que en un principio se vislumbraba como posiciones doctrinales bipolares no son más que dos lecturas sobre la autorización administrativa realizadas, cada una, desde perspectivas diferentes y con el punto de mira puesto en momentos diversos del fenómeno autorizador; “... sin negar las diferencias entre ambas tesis y los distintos efectos prácticos a que una y otra llevan en el desarrollo del proceso autorizador —afirma SANTAMARÍA PASTOR—, es necesario señalar que sus disparidades son meramente de perspectiva (y, sin duda, de ideología y talante político)”.<sup>5</sup> No debe perderse de vista que la interrogante sobre el carácter declarativo o constitutivo de la autorización administrativa intenta explicar que la posición jurídica del particular frente a la Administración Pública en los marcos de un procedimiento autorizador cambia para uno u otro caso. En este punto, nos interesa destacar que este particular aspecto de la autorización: si le preexisten derechos subjetivos a su otorgamiento, o si es ella la que constituye *ex novo* derechos en el patrimonio del administrado, ha desempeñado un papel central y constante en las polémicas doctrinales, deviniendo un factor que impulsó el acervo teórico de la categoría.<sup>6</sup> Aparejado

---

Eva, *El Precario Administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

<sup>4</sup> RANELLETTI, Oreste, ob. cit., p. 20.

<sup>5</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 261; idea que comparte ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, p. 380, nota al pie 75. En igual sentido, véase a FORTES MARTÍN, Antonio, *Régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, Ecoiuris, Madrid, 2004, p. 62.

<sup>6</sup> Las posiciones de cada autor (MAYER y RANELLETTI), en relación con la preexistencia de un derecho subjetivo o no en la esfera jurídica del particular, no fue un aspecto radicalmente opuesto como en ocasiones se ha interpretado. La tesis de MAYER (ob. cit., 1950, p. 63) en

a ello, los puntos de contacto entre ambas posiciones también desempeñaron roles trascendentales: sobre la base de las similitudes entre ambas tesis se elaboró la teoría clásica de la autorización administrativa.

A partir de las formulaciones de MAYER y RANELLETTI, se concibe a la autorización como una técnica de la policía administrativa, que impone obstáculos al pleno ejercicio de la libertad de los particulares por razones de interés público. La autorización implica una verificación por parte de la Administración de que la actividad que se pretende realizar cumple con la legalidad y no resulta perjudicial al orden público.

Si bien MAYER y RANELLETTI abordaron el estudio desde perspectivas diferentes, ambos coincidieron en que la autorización no contaba con contenido propio. Una vez que por la Administración se verifica la pertinencia del ejercicio de la actividad, su principal efecto es el restablecimiento de la libertad del particular. “El permiso –dice MAYER– significa simplemente el restablecimiento de la libertad; no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene nada que ya no tuviera sin él”.<sup>7</sup> Se comprende entonces que la autorización administrativa es una técnica que únicamente remueve obstáculos legales, una carga impuesta al particular que, una vez cumplimentada, le habilita para el ejercicio de un derecho o actividad, cuyo marco regulatorio se halla en la norma.

Aparejada a la autorización como técnica que restablece libertades, se construye la relación jurídica administrativa como un nexo instantáneo que tiene vigencia solo hasta que se otorga o deniega el título. La relación que se entabla entre la Administración y el particular es de tracto único en el sentido de

---

este sentido no muestra una postura definida. En su obra distingue entre los permisos de policía discrecionales –para los que no es procedente sostener la noción de un derecho preconstituido a favor del sujeto–, pues: “... este permiso queda sometido a la libre apreciación de la autoridad, la reserva constituye, por sí misma, sólo una posibilidad, una esperanza...”. “No es una cuestión de derecho” –concluye el autor–, de las reservas de permiso regladas, en las que sí existe un derecho subjetivo público pues, “... su otorgamiento es obligatorio...”. RANELLETTI, Oreste, ob. cit., p. 24, por su parte, tampoco es del todo concluyente. Afirma que la autorización administrativa es un mecanismo de remoción de límites legales al ejercicio de derecho preexistentes o a su adquisición, sin embargo también hace referencia a la existencia de prohibiciones absolutas y relativas recaídas sobre las conductas de los particulares.

Sin embargo, la corriente mayoritaria que encauzó el debate por los senderos de la constitución o declaración de derechos preexistentes también contó con quienes se desmarcaron del discurso mayoritario. Ludwig SPIEGEL (*Derecho administrativo*, Labor, S.A., Barcelona-Buenos Aires, 1933, p. 222), en una obra de crítica al *Derecho administrativo alemán* de Otto MAYER, opta por plantear el tópico en otros términos. Para este autor lo importante no es concluir si el derecho a la libertad industrial es un derecho subjetivo o no, sino en determinar si los términos del debate así propuestos son beneficiosos desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, del debate científico.

<sup>7</sup> MAYER, Otto, ob. cit., 1950, p. 66.

que, realizada la función de verificación o control por el ente administrativo y otorgada la autorización correspondiente, se entendía consumada la función administrativa y los nexos entre la Administración y el titular. No se advierte, o al menos no se interpreta de las obras de ambos autores, que la autorización implicase una relación continua entre el administrado y la Administración, basada en un control administrativo posterior de legalidad del derecho o ejercicio de la actividad.<sup>8</sup> No se vislumbran elementos de continuidad o permanencia en la relación jurídica que se entablaba en virtud de la autorización, pareciera que la Administración se desentiende de la actuación posterior de los particulares limitando su actividad de control al momento de decidir sobre la procedencia del otorgamiento o no del título. La autorización se muestra como un acto de escasa potencialidad.<sup>9</sup>

Nota en común de los dos clásicos sobre la autorización administrativa es que se concibe como técnica de control público sobre el ejercicio de actividades privadas y al servicio de intereses generales. Un control que es preventivo, en cuanto se impone la obligación de solicitar permiso antes de haberse iniciado la actividad que se pretende o de ejercerse el derecho, de forma tal que la Administración se pronuncia admitiendo o denegando la solicitud; y es además negativo, en tanto la Administración no desenvuelve una actividad positiva y continuada en el tiempo, sino que se limita a vetar, o en su caso autorizar con arreglo a la protección del orden público, las solicitudes que se le formulen. La Administración asume una conducta pasiva.

Por ende, puede caracterizarse la concepción clásica de la autorización administrativa bajo los siguientes elementos: 1) ya sea por la existencia de una prohibición general o específica, ya por la noción de obstáculo legal que remueve límites, la autorización habilita al particular para el pleno ejercicio de la libertad personal o de un derecho subjetivo, que antes se veía imposibilitado de ejecutar; 2) la autorización administrativa no tiene contenido en sí misma, ella restablece la libertad o el derecho. En ambos casos las condiciones del ejercicio corresponde buscarlos en la legislación correspondiente, a la que hay que remitirse; 3) las autorizaciones son actos administrativos declarativos de derechos; 4) la relación jurídica administrativa que entablan la Administración y el administrado en el marco de la solicitud autorizatoria es de tracto único, de forma tal que una vez otorgada se consuma el vínculo

<sup>8</sup> En MAYER (1950, p. 69), la Administración al momento de conceder el permiso debía valorar la persona del empresario y los medios o recursos con que cuenta para la empresa que se propone realizar. Si posteriormente ocurría un cambio sustancial en alguno de estos aspectos, procedía la solicitud de un nuevo permiso.

<sup>9</sup> Esta visión de la autorización como técnica de control simple también se advierte en ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho administrativo*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 465 a 473.

jurídico;<sup>10</sup> 5) la autorización es una técnica administrativa de control, en función de prevenir las conductas peligrosas o dañinas para el orden público y la paz social. El fundamento de la autorización como limitación a la libertad individual estriba en la salvaguarda de la salubridad pública, la tranquilidad ciudadana y la seguridad pública. El control se configura con carácter negativo porque la función administrativa se ejerce sólo al momento de otorgar el título.

La arquitectura jurídica de la autorización administrativa, tal y como se nos presenta en esta versión clásica o tradicional, respondió a un periodo histórico determinado: el del Estado burgués del *laissez faire*. Ubicada bajo las coordenadas de la actividad de policía, la autorización administrativa encontró su delimitación estructural y su ámbito de aplicación dentro de los derroteros fijados por el juego de los principios político-jurídicos y del modelo económico que la Modernidad daba al Estado. En tanto técnica perteneciente a la actividad administrativa de policía, la autorización nacerá con el sello de denominación de origen impuesto por aquella. La actividad de policía se erige durante el periodo decimonónico en la función por medio de la cual el Estado garantizaba el sistema político y económico existente, toda vez que se encauza a proteger ese espacio de libertad individual —el que se consideraba conquista de la Revolución burguesa—, expresado a través de la protección de la seguridad de las personas y sus bienes; y a ordenar, regular y restringir el ejercicio de los derechos individuales recogidos en los textos constitucionales del momento, con la finalidad de crear las condiciones óptimas del espacio necesario para la eficiente articulación de la autonomía de la voluntad y el protagonismo de los particulares en el ejercicio de las actividades económicas. La policía administrativa era la actividad del Estado encargada de garantizar el orden público, concepto que despojado de dulces capas, descubría tal instrumento viabilizador del ejercicio de las reglas del juego político, económico y social de la burguesía.

Sobre estas premisas, la autorización administrativa —en tanto técnica jurídica de limitación a la libertad individual— heredó el carácter negativo de la función de policía, pues su fin consistía en garantizar la protección de los bienes jurídicos —seguridad, salubridad y tranquilidad— que se hallaban bajo la órbita de la noción de orden público. Y si bien cierto es que aún bajo postulados de corte abstencionista, como los que se proclamaban en el siglo XIX, la estructura

<sup>10</sup> Interpretaciones más radicales sobre la naturaleza del vínculo jurídico en el seno del otorgamiento de autorizaciones bajo los dogmas clásicos, son vertidas por MEILÁN GIL, José Luis, “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)”, *Revista de Administración Pública*, No. 71, 1973, p. 82): “Una consecuencia de los postulados en los que se basa la concepción tradicional de la autorización es que este acto no crea una relación jurídica entre Administración autorizante y administrado autorizado. El acto de autorización quita los obstáculos al ejercicio de un derecho preexistente del administrado”.

estatal era fuerte y se ejercía una intervención administrativa sobre la sociedad que no se mostraba del todo acorde con lo que se proclamaba del diseño del modelo,<sup>11</sup> la concepción clásica de la autorización estuvo condicionada sobre todo por el objeto fundamental sobre el que recaía la actividad de policía, básicamente el ejercicio de libertades y derechos fundamentales de primera y segunda generación y por el nivel de desarrollo económico y tecnológico del periodo. Derechos cívicos y libertades políticas, como el derecho de asociación y reunión, o el derecho de prensa e imprenta, cuyos contenidos se traducen en una actividad de ejecución simple, circunstancial, momentánea, tuvieron su reflejo directo en la construcción dogmática de la autorización como acto declarativo de derechos preexistentes, cuya existencia estaba sujeta a la ejecución, casi siempre instantánea, del derecho liberado. Si a ello se le añade que el desarrollo económico y tecnológico de la época, si bien comenzaba a descollar aún estaba en estado embrionario, se podrá comprender que las actividades de carácter económico sujetas a autorización previa no podían desempeñar un rol destacado en la configuración de la estructura jurídica de la autorización bajo matices diferentes a los que se le dieron.

### III. De la fisonomía contemporánea de la autorización administrativa

En pleno auge de las corrientes de intervencionismo estatal en la economía, luego de sucedidas la crisis económica de los años 30 y las dos guerras mundiales del siglo xx, significativos exponentes del Derecho administrativo continuaban presentando a la autorización administrativa bajo los clásicos dogmas decimonónicos; aspecto sobre el que Fernando ALBI, a la altura de 1960, llamó la atención. “Fue Ranelletti –dice este autor español– el que formuló la doctrina clásica de la autorización administrativa, que ha sido desarrollada y perfeccionada por otros tratadistas italianos, y aceptada al pie de la letra por los nuestros”<sup>12</sup>; denuncias similares a esta le sucedieron en 1965 en la voz de MARTÍN MATEO,<sup>13</sup> y en 1968 de la pluma de MANZANEDO MATEOS.<sup>14</sup>

En efecto, las lecturas tradicionales de la autorización administrativa persistieron en el discurso *iusadministrativo*, predominante a todo lo largo de los primeros decenios del siglo xx. Para ZANOBINI, la autorización no determina

<sup>11</sup> Particular que destaca PAREJO ALFONSO, Luciano, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la ‘crisis’ de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, No. 153, 2000, p. 218.

<sup>12</sup> ALBI, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 675 y 676.

<sup>13</sup> Véase a MARTÍN MATEO, Ramón, “Silencio positivo y actividad autorizante”, *Revista de Administración Pública*, No. 48, 1965, p. 211.

<sup>14</sup> Confróntese a MANZANEDO MATEOS, José Antonio, ob. cit., p. 379.

el surgimiento de un nuevo derecho, sino que solo hace posible el ejercicio de un poder que ya le pertenece al particular;<sup>15</sup> postura que fue, básicamente, la que se reflejó en las obras de autores como ALESSI,<sup>16</sup> VIGNOCCHI<sup>17</sup> y FLEINER,<sup>18</sup> por solo citar algunos ejemplos.

Sobre lo que queremos llamar la atención es que durante este periodo, la autorización administrativa no se verá beneficiada con aportes teóricos como respuesta a intentos de comprender la realidad y hallar la armonía con los fenómenos sociales de los cuales han sido abstraídos; la doctrina se mantendrá apegada a los dogmas tradicionales de la categoría, en un esfuerzo por explicar fenómenos nuevos con conceptos convencionales. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ –empleando los estudios de GALBRAITH– explicó lo que sucedía acuñándolo como sabiduría convencional:

“Esta construcción, –dice refiriéndose a la teoría de MAYER y RANELLETTI sobre la autorización administrativa– nacida en un mundo tan distinto del actual, ha sido reelaborada y matizada, respetando su esquema básico, hasta el punto de convertirse en un dogma inamovible, en una categoría conceptual abstracta en la que se han ido encuadrando una pluralidad de figuras diversas que sólo formalmente pueden ser explicadas a través del esquema descrito [...]”.<sup>19</sup>

Pero el escenario había comenzado a cambiar. En las primeras cinco décadas del siglo xx (e incluso antes) se producen las condiciones que dieron al traste con el Estado liberal y cedieron paso al Estado de bienestar, al Estado interventor, al Estado social. Terminada la primera guerra mundial “[...] ya no se daban en absoluto las condiciones para un funcionamiento autónomo de la economía” –sostiene FORSTHOFF–.<sup>20</sup> El Estado se vio obligado a adoptar políticas de intervención social y económica, la regulación de la producción

<sup>15</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, *Parte General*, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 335.

<sup>16</sup> ALESSI, Renato, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*, Giuffré, Milán, 1960, p. 349.

<sup>17</sup> VIGNOCCHI, Gustavo, *La natura giuridica dell' autorizzazione amministrativa*, Facoltà di Scienze Politiche della Università di Padova, Padova, 1944, p. 13.

<sup>18</sup> FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Labor, S.A., Madrid, 1933, p. 327.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “Inscripciones y autorizaciones industriales”, *Revista de Administración Pública*, No. 52, 1967, p. 423.

<sup>20</sup> FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial (el modelo de la República Federal de Alemania)*, IEP, Madrid, 1975, p. 21.

En sintonía con el autor alemán, pero desde la perspectiva general de la intervención estatal en el siglo xx, Juan Miguel DE LA CUÉTARA (*La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 217) sostiene que luego de las situaciones de guerra creadas de 1914 a 1945, la reacción de todos los gobiernos fue la de intervenir en la sociedad para responder a los retos que se le presentaba.

y el consumo ya no podían quedar en manos de una sociedad que otorgaba sus propias reglas, sino que debía estar sometida a las riendas estatales. La tensión que en este caso se produjo entre la ordenación pública de la economía y la libertad de industria y comercio fue precisamente el terreno abonado para que surgieran nuevos matices de la autorización administrativa, que terminaron por esculpir una nueva tipología del fenómeno autorizatorio. En este punto incorporamos la aclaración que en su día hiciese Tomás-Ramón FERNÁNDEZ:<sup>21</sup> el núcleo duro de las transformaciones derivadas del emergente papel intervencionista del Estado se situó en el ámbito de la economía, de ahí que las principales modificaciones que sufriese la estructura y funcionalidad de la autorización administrativa sucedieron en el campo de las licencias para ejercer actividades industriales.

En todo caso, ello no significó el fallecimiento del modelo clásico de la institución, que continuó sirviendo para explicar las autorizaciones existentes en aquellos sectores blandos o casi domésticos, en los que no se requería de la aguda presencia del intervencionismo estatal, como eran los permisos para la caza, la pesca, la tenencia y portación de armas, o la construcción de viviendas, por solo citar algunos.

La revisión crítica de la autorización administrativa es un movimiento protagonizado, principalmente, por autores italianos y alemanes, los que a su vez son seguidos atentamente por la doctrina española.<sup>22</sup> Si se nos permite el empleo de un recurso metafórico para graficar lo que la doctrina hizo de frente a las alteraciones que en el plano normativo se producían para la autorización administrativa, podemos decir que los autores colocaron a la institución jurídica en el quirófano, y a través de una disección procedieron a un estudio a fondo de su nueva composición. Fruto de esa labor científica desde las distintas geografías europeas es la construcción de una nueva teoría sobre la autorización administrativa que vino a apartarse de la dogmática clásica, y que aun contando con importantes matices añadidos por la actual sociedad de la información y la tecnología, es a grandes rasgos un modelo teórico a tener en cuenta si de explicar la teoría de la autorización administrativa se trata.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, ob. cit., p. 425.

<sup>22</sup> En uno de los trabajos que pasaría a formar parte de la corriente de revisión crítica española sobre los contornos de la autorización administrativa, cuya autoría descansa en ENTRENA CUESTA, Rafael (“El servicio de taxis”, *Revista de Administración Pública*, No. 27, 1958, p. 30), se alude a la connotación que adquiriría el tema en las arenas científicas europeas. “Baste citar –sostiene este autor– que en el curso de un año se han publicado en Italia dos libros y tres artículos de revista sobre este tema y se celebró un congreso para el estudio de alguna de las numerosas cuestiones a que da lugar”.

<sup>23</sup> Sobre las emergentes transformaciones dogmáticas en la teoría de la autorización administrativa son explicativas obras como: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP y Marcial Pons, Madrid, 2003; SCHMIDT-

Una breve referencia sobre los elementos esenciales que conformaron el nuevo modelo teórico de la institución jurídica se nos muestra como útil para luego comprender e interpretar la realidad que muestra el ordenamiento jurídico cubano. Intento de caracterización que emprendemos en las próximas líneas y que podría resumirse en las ideas siguientes.

Pues bien, esta concepción contemporánea sobre la categoría traspasaría el pórtico del sistema jurídico para adentrarse en él y adquirir sus contornos definitivos de la mano de la discrecionalidad administrativa. Cómodos márgenes de apreciación en manos de los poderes públicos serían los autores de esta nueva manera de concebir la técnica de control preventivo sobre actividades privadas. *La potestad discrecional adquirió nueva intensidad pero también extendió su ámbito de aplicación*: operó en el plano de la construcción normativa de las tipologías autorizatorias y en el terreno de la ejecución de esas normas, a través de desahogados márgenes de valoración para las decisiones administrativas. Las nuevas expresiones de la discrecionalidad en el marco de la autorización administrativa se erigen en uno de los principales argumentos que la doctrina adopta –con sobrada razón– para resaltar la improcedencia de continuar sosteniendo el dogma de los derechos subjetivos preexistentes como elemento definitorio central de la categoría.<sup>24</sup> Los amplios márgenes de discrecionalidad para el otorgamiento o denegación de una solicitud de autorización administrativa volvieron borrosa la noción de un derecho subjetivo que preexiste en la norma al título autorizatorio, y más nítida la idea de que *la autorización administrativa –en estos sectores económicos trascendentales para la sostenibilidad de un país– es un título constitutivo de derechos*.<sup>25</sup>

La discrecionalidad de la Administración en el otorgamiento de autorizaciones no se circunscribe al momento de resolver la solicitud –y de esta forma permitir sea valorada la oportunidad del ejercicio de la actividad–, sino que se extiende a momentos posteriores al otorgamiento, concretándose en el establecimiento de elementos accidentales de términos, condiciones y modos a los que debe

---

ASSMANN, Eberhard (2006); ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999, y ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

<sup>24</sup> El papel central que desempeña la discrecionalidad administrativa en la creación de diversas tipologías autorizatorias es una conclusión con la que coincide CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (“Las técnicas de regulación y su contexto”, *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel y Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2011, p. 48, nota al pie 17).

<sup>25</sup> Véase a BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo*, Parte Especial, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 58.

ajustarse la ejecución de la actividad.<sup>26</sup> De esta forma, la Administración perseguía modular las acciones privadas hacia la consecución de fines públicos.

La intervención estatal en esas actividades pertenecientes al tráfico jurídico-privado se tradujo en una regulación administrativa, que normó en detalle los requisitos y condiciones bajo los cuales se debía desempeñar la actividad, con el objetivo de salvaguardar intereses cualitativamente superiores como son los de índole pública. La discrecionalidad administrativa se extendió en la forma de regulación económica sobre espacios *iusprivados* de actuación y alcanzó a darle nuevo contenido a la autorización administrativa. En una alusión a este fenómeno, MARTÍN MATEO apuntó:

“Las autorizaciones precisan condiciones, establecen imperativamente modalidades de ejercicio, sujetan las actividades futuras a la disciplina administrativa, regulan el uso de los bienes de dominio público y realizan aportaciones administrativas para el desarrollo de las actividades autorizadas”.<sup>27</sup>

Este fenómeno de intensa regulación administrativa en ámbitos privados de actuación—que desde los estudios generales la doctrina *iuspublicista* identifica como actividades reglamentadas y servicios públicos virtuales o impropios—provocó que para el concreto tópic de la autorización administrativa emergiera una nueva lectura, aquella que la identificó como un *acto condición, un título habilitante con el que el titular accede a un sector del ordenamiento jurídico al que hasta entonces no tenía*—valga la redundancia—*“permiso de entrada”*.<sup>28</sup> La autorización es el acto administrativo que abre las puertas a un conjunto normativo que conforma un verdadero ordenamiento jurídico, es un acto condición en la medida que implica la sujeción del individuo autorizado a un régimen legal y reglamentario que ya existía con anterioridad al acto, de forma tal que lo coloca en una situación general e impersonal que solo se modifica con el dictado de actos normativos que alteren el régimen legal previo.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Sobre los elementos accidentales en los actos administrativos, puede consultarse a FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho administrativo*, IEP, Madrid, 1958; y a ZANOBINI, Guido, ob. cit.

<sup>27</sup> MARTÍN MATEO, Ramón, ob. cit., p. 215.

Ilustrativo de la extensión y complejidad en el contenido de las nuevas autorizaciones administrativas son aquellas que se otorgan para la actividad de las sociedades de inversión. Una descripción somera del contenido de estas autorizaciones puede consultarse en CUYÁS PALAZÓN, M<sup>a</sup> Mercedes, “Las sociedades de inversión”, en *Derecho de la regulación económica*, II – *Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, p. 326 y ss.

<sup>28</sup> Es lo que FRANCHINI, Flamenio, *Le autorizzazione amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milán, 1957, denominó como autorizaciones constitutivas de relaciones entre la Administración y los particulares.

<sup>29</sup> La categoría de los *actos condición*—con el sentido que la utilizamos en el texto— es creación de la doctrina francesa, de la mano de DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I,

De ello se deriva que la relación que se entable entre Administración y administrado adquiere nuevas tonalidades. El vínculo jurídico no es instantáneo, no se extingue con el otorgamiento del título luego de comprobar la legalidad de la actividad, sino que se entabla una relación duradera en la medida que la Administración, además de ejercer un control previo del derecho o actividad, desplegará un control posterior durante todo su desarrollo, con el objetivo de verificar el cumplimiento de la normativa y las cláusulas impuestas en la autorización. *La relación que se establece entre la Administración y el titular de la autorización es de tracto sucesivo.*<sup>30</sup>

El tercer elemento concatenado con el auge de la regulación estatal en la economía y en el seno de la autorización administrativa es el control, que sufrió un reforzamiento en su intensidad y en la ampliación de su campo de actuación. El control continuó siendo —al estilo del modelo clásico— de carácter preventivo, es decir, operaba en la fase de otorgamiento del propio título autorizante; pero con los nuevos rumbos que asumía la Administración Pública en la ordenación económica, *el control ejercido a través de la autorización se extiende hacia la fase posterior, para comprobar que la actividad se realiza con sujeción a los dictados de la ley y a aquellos vertidos en el propio título autorizante.* De esta manera, el control de las actividades duraderas en el tiempo se proyecta hacia el futuro, para disciplinarla y contrastar su compatibilidad con los intereses públicos durante todo su desenvolvimiento, y para asegurar que un cambio de circunstancias de aquellas que existían al momento de otorgar la autorización no vulnere intereses públicos y continúe siendo compatible el ejercicio de la actividad con las necesidades públicas.<sup>31</sup> Esta modalidad de la autorización administrativa como acto que conduce los derroteros de una actividad por un periodo de tiempo, constituyendo título de legitimación de nuevas formas de intervención, se conoce como autorizaciones operativas o de funcionamiento, al contrario de las identificadas como simples, que responden a la estructura tradicional.

---

*La règle de Droit-Le problème de l'État*, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, París, 1927, pp. 430 y 431, seguida por JÈZE, Gaston, *Principios generales del Derecho administrativo I*, De Palma, Buenos Aires, 1948, p. 52 y ss.

El emblema de *acto condición* es utilizado por el autor cubano CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar ("Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad", *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, UH, La Habana, 2011, p. 289 y ss.) con un sentido diverso al que este se creó por las clásicas obras de Derecho administrativo del siglo XIX.

<sup>30</sup> Se le atribuye a SEVERO GIANNINI, Massimo (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 243) la apoyatura de *autorizaciones con funcionalidad operativa*, que luego, por la pluma de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (ob. cit., p. 153), se trasladarán al Derecho español y adoptarán posteriormente la denominación de *autorizaciones operativas*.

<sup>31</sup> Véase a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit. p. 267.

Al clamor de los nuevos paradigmas, un sector doctrinal apuesta por una conceptualización genérica de la autorización administrativa, comprensiva del modelo tradicional y de los nuevos dictados (regulación económica, discrecionalidad, control, y sujeción de las actividades privadas a las necesidades públicas) impuestos desde los emergentes planteamientos del papel del Estado. La autorización administrativa comprende así a las tipologías regladas —en las que sí se dibuja la noción de derecho preexistente en la norma, pues el poder administrativo se limita a constatar el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por el ordenamiento jurídico que figuraban como obstáculos legales a su ejercicio— y también abarca las actividades en que los poderes discrecionales valoran la legalidad y la oportunidad del ejercicio de la actividad, a la vez que construyen el contenido y extensión del derecho. En este sentido, la doctrina ha planteado que lo que posee el administrado, previo a la solicitud de la autorización, es una declaración legal de capacidad, que se traduce en una titularidad jurídica activa, o en un derecho potencial al ejercicio de la actividad, o en un interés legítimo.<sup>32</sup>

Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ al analizar la crisis del concepto clásico de autorización y la influencia que ha ejercido la potestad administrativa en el tránsito hacia los esquemas modernos, concluyen que es ilusorio seguir sosteniendo la pervivencia de un derecho preexistente en el patrimonio del particular, cuando lo congruente con la realidad normativa es reconocer la noción de un poder genérico de libre desenvolvimiento de la personalidad. No desechan los planteamientos tradicionales del instituto, que se mantienen para las autorizaciones de carácter reglado, sino que defienden la construcción de un concepto de autorización que sea capaz de comprender todas sus variedades (regladas y discrecionales), en el que se prescindiera de la idea de derecho preexistente como elemento definitorio general. *La autorización administrativa se vislumbra entonces como una categoría genérica.*<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Consúltense a MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho administrativo*, t. II – *La actividad de las Administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 45 y ss.

<sup>33</sup> Tesis enarbolada por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 137 y ss., sostenida por autores españoles como MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1988, p. 193; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, Parte General, Tecnos, Madrid, 2005, p. 631; NÚÑEZ LOZANO, M<sup>a</sup> del Carmen, *Las actividades comunicadas a la Administración*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 92; y CUYÁS PALAZÓN, M<sup>a</sup> Mercedes, ob. cit., p. 314.

Llama la atención que aún en contextos actuales, de liberalización de sectores económicos en la Unión Europea, donde en principio se acentúa la libertad de empresa y, por ende, la preexistencia de titularidades activas, se mantenga cierta cautela sobre este último aspecto. Desde el ámbito de las telecomunicaciones, y al amparo de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, que conlleva la privatización del sector y regula el marco común de los títulos autorizatorios para acceder al mercado de los servicios de telecomunicaciones, se plantea que “[...] la licencia individual es la autorización

De hecho, en los actuales escenarios europeos –desde los que la doctrina dialoga en clave de “regulación económica” para lo que hace tres décadas atrás se comprendía bajo la voz de intervención pública en la economía, y que ha desplegado su manto innovador hacia todo el terreno del Derecho administrativo– se confirma el carácter genérico de la autorización administrativa; el reajuste conceptual que se propugna para esta figura no toca a su aptitud como *genus*, sino que pone en duda la vinculación genética con carácter exclusivo a la clásica actividad de policía. La controversia sobre la capacidad de adaptación de la autorización administrativa y devenir desde un acto de contenido simple y carácter declarativo a un título complejo y conformador de la situación jurídica de su titular, parece que se comienza a desplazar hacia la verdadera fuente teórica del problema: su comprensión más allá de las fronteras de la actividad de policía administrativa.<sup>34</sup>

---

concedida por la Administración, que exija una evaluación individual de la solicitud y que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas [...]”. Véase en FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”, *Revista de Administración Pública*, No. 160, 2003, p. 92.

<sup>34</sup> Véase al respecto las conclusiones a las que arriba ESTEVE PARDO, José, “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”, *Derecho de la regulación económica*, I – *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, p. 391.

# La actividad administrativa de fomento: elementos para su definición jurídica

---

SUSETT ROMERO TABARES\*

## I. Los fines del Estado, la función administrativa y su relación con la actividad administrativa

El problema de los fines del Estado es uno de los más recurrentes dentro de la doctrina política y la ciencia del Estado, lo cual deriva en una amplia variedad de preguntas y respuestas.<sup>1</sup>

Sobre la base de que la naturaleza de una institución es precisamente su fin,<sup>2</sup> inicialmente fue necesario definir cuál era la naturaleza del Estado para, de esta forma, poder llegar a sus fines. El Estado, en tanto aparato organizado de poder, desde la antigüedad se identificó con la noción de cosas públicas. Para los romanos, por ejemplo, este formaba parte de la *res publicae*, la cosa de todos, los asuntos de todos.<sup>3</sup>

En este tema de los fines del Estado, los autores van desde posiciones individualistas, a considerar que tiene una misión positiva y múltiple de carácter social, que debe concretarse en una intervención calculada, a los efectos de lograr la dirección racional en la vida de las sociedades, evitando la injusticia y propendiendo al bienestar social. Surgen así posiciones liberales, de tendencias intervencionistas, personalistas y traspersonalistas, donde unas asumían

\* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesora Auxiliar del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, de la Universidad Agraria de La Habana, Mayabeque. Jueza de la Sala Civil, Administrativo, Laboral y Económico del Tribunal Provincial Popular de Mayabeque.

<sup>1</sup> La doctrina de los fines del Estado ha tenido igual suerte que la de la justificación del mismo, a la que está íntimamente unida. Durante largo tiempo, ha sido el punto central sobre el cual ha girado la discusión de la ciencia del Estado, singularmente durante la primera mitad del siglo XIX, cuando se consideraba que el conocimiento del Estado dependía de la comprensión exacta que se tuviera acerca de sus fines. Vid. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, t. I, Madrid, 1914, p. 290.

<sup>2</sup> ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, "Estado: Estructura y funciones", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 16, mayo-agosto, Costa Rica, 2008, p. 116.

<sup>3</sup> Véase a FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Separata de Derecho público romano*, Félix Varela, La Habana, 1999, p. 3 y ss.; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Delio CARRERAS CUEVAS y Rosa María YÁNEZ, *Manual de Derecho romano*, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 102 y ss.

que tanto en lo económico como en lo político, el Estado debe limitarse a lo estrictamente necesario para mantener el orden y la seguridad, dejando al individuo el margen más amplio posible de libertad, y otras apostaban por la necesidad de intervención directa del Estado en la economía, asignando a este varios fines que justificaban su intervención en lo económico, político, social, cultural, etcétera.<sup>4</sup>

El Estado es una unidad de fin. La eliminación de toda finalidad respecto a este, le degradaría hasta hacer de él una fuerza ciega y natural, le robaría toda unidad y continuidad. Lo que sucede es que buscar un fin objetivo pasaría por los predios de la especulación, pues la propia historia muestra que toda institución ha de ser comprendida desde su constante movimiento y variación.<sup>5</sup>

Independientemente de las problemáticas y la diversidad de posiciones históricas en cuanto a los fines del Estado, de su referencia deriva esencialmente un fin principal: la obtención del bien común, la satisfacción de necesidades colectivas.<sup>6</sup>

Uno de los fines específicos y característicos que persigue el Estado, precisamente en virtud de su actividad, es el bien común de los hombres que forman su población. El Estado posee elementos específicos que lo distinguen de otras agrupaciones humanas,<sup>7</sup> sucediendo igual con el fin perseguido por este. El bien público en su totalidad solo se persigue por el Estado como ingrediente especial de su esencia.<sup>8</sup> De forma general, pudiéramos decir que el bien público es aquel que concierne a la agrupación total de individuos integrados en el Estado. Es, sin más, el fin propio, indispensable e irremplazable del Estado.

Si hablamos de fines del Estado, en especial de la satisfacción de necesidades sociales, hay que hacer referencia entonces a las funciones del mismo como forma de satisfacer estas últimas, pues las funciones del Estado deben perseguir, primordialmente, en su orientación teleológica, la realización del bien común, ya sea de forma inmediata o mediata.

<sup>4</sup> CAÑIZARES, Fernando, *Teoría del Estado*, Pueblo y Educación, La Habana, 1973, pp. 54 y 55.

<sup>5</sup> JELLINEK, G., *Teoría General*, I, ob. cit., p. 295.

<sup>6</sup> En cuanto a los diversos debates en torno a la noción de bien público o intereses colectivos, véase PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho administrativo*, 3ª ed. revisada y actualizada, Valencia, 2010, pp. 663-729; GAMERO CASADO, Eduardo y Severiano Manuel FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 65; BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho administrativo*, vol. I, 10ª ed. revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 1996 p. 71.

<sup>7</sup> En cuanto a la cuestión de los elementos del Estado, véase FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Estado*, Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 8-10, y CAÑIZARES, Fernando, *Teoría del Estado*, ob. cit., p. 195.

<sup>8</sup> PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, Porrúa, México, 1980, p. 276.

La satisfacción de esos intereses comunes se realiza, especialmente, mediante una de las funciones del Estado, la función administrativa.

Muchas y muy variadas han sido las nociones en torno a la Administración Pública y la función administrativa. Encontramos concepciones subjetivas u orgánicas, criterios objetivos o materiales y posiciones mixtas.<sup>9</sup> Lo importante en esta cuestión es la referencia al carácter teleológico que debe perseguir la función administrativa, es decir, la atención a los intereses públicos que asume en los propios fines y la satisfacción así de necesidades colectivas o de interés general. Es evidente el aspecto finalista de la función administrativa, que ha de orientarse a la consecución del bien común, satisfaciendo las exigencias de la comunidad y de los individuos que la integran.<sup>10</sup>

Indiscutiblemente, sería erróneo desdeñar en el estudio de cualquier institución del Derecho administrativo, las cuestiones referentes a los fines del Estado, pues es precisamente la Administración Pública instrumento al que el Estado encarga la consecución de sus fines<sup>11</sup> y la realización de una de sus tantas funciones, la administrativa.

Administrar, en su sentido público, lleva consigo la realización de un conjunto de acciones, operaciones o tareas, las cuales en este caso son desarrolladas por el órgano competente en busca de la satisfacción de un fin público.

Lo relevante para el análisis que en el presente trabajo se pretende realizar es que todo fin que el Estado persiga puede convertirse en motivo de acción administrativa, ya que la inmensa mayoría de los fines estatales solo pueden realizarse a través del ejercicio de la función administrativa y de la actividad desarrollada por la Administración Pública, utilizando para ello vías directas e indirectas, pues todo ese conjunto de objetivos y fines de los cuales el Estado no puede desentenderse, no implica necesariamente que deban ser satisfechos exclusivamente por este en ejercicio de dicha función, ya que en muchos casos se gestiona de forma indirecta la consecución de los intereses generales, dando así participación a los particulares.

Toda actividad administrativa desarrollada bajo los designios de la función administrativa, debe dirigirse a la consecución de un fin. Por lo que solo

<sup>9</sup> Sobre las diversas concepciones sobre la Administración Pública, el Derecho administrativo y el ejercicio de las funciones del Estado, en especial la función administrativa, ver PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho administrativo*, 2ª ed., Universidad de Externado de Colombia, Jurídica Venezolana, Colombia, 2009, pp. 51, 100, 179; y GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho administrativo*, 2ª ed. corregida y ampliada, Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 10.

<sup>10</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. I, 7ª ed. actualizada, LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 80-82.

<sup>11</sup> GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial*, vol. I, 3ª ed., Zaragoza, 1969, p. 15.

partiendo de los fines del Estado y en especial de la satisfacción de intereses públicos, colectivos, como uno de sus fines más identitarios, se puede llegar a entender la justificación, legitimación y variedad de la actividad administrativa, así como la relación entre Estado, fines, función, en especial la administrativa y la actividad que de ella se deriva.

## II. La actividad administrativa

Las actividades y tareas que toma para sí la Administración Pública no figuran de forma invariable en todas las épocas ni en todos los espacios donde desarrolla su función. Las mismas, inevitablemente, sobre la base de su fin sustancial, se encuentran condicionadas a corrientes y posiciones histórico-políticas<sup>12</sup> que determinan las características particulares de cada Administración Pública, así como las principales formas de exteriorizar su actividad.

El ensanchamiento en relación con la intervención del Estado en la vida económica<sup>13</sup> y social tuvo definitivamente una incidencia directa en la actuación administrativa, apareciendo nuevas formas de acción anteriormente ajenas a la Administración, las que han tenido como objetivo fundamental propiciar la materialización y concreción de todo un conjunto de derechos reconocidos formalmente en los ordenamientos jurídicos.<sup>14</sup>

De dichas premisas se deriva en buena medida la importancia de la actividad administrativa y la necesidad de estudiar la misma desde las diversas formas de actuación que adquiere para la satisfacción de las necesidades sociales, que es en definitiva su última finalidad.<sup>15</sup>

En muchas ocasiones, la actividad administrativa ha sido identificada con la función administrativa.<sup>16</sup> Desde esa perspectiva, no se puede identificar

<sup>12</sup> MORÓN SÁNCHEZ, Miguel, *Derecho administrativo. Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 435.

<sup>13</sup> Sobre la intervención el Estado en la economía, ver BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "El papel del Derecho administrativo en la economía", en *Documentación administrativa*, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, No. 94, octubre, Madrid, 1965, pp. 43, 45 y 46.

<sup>14</sup> Ver COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo*, t. I, 20ª ed., Civitas/Thomson Reuters, España, 2009, p. 20; EUGENIO SORIANO, José, "El concepto de Derecho administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho", en *Revista de Administración Pública*, No. 121, enero-abril, España, 1990, p. 149.

<sup>15</sup> MATILLA CORREA, Andry, *Guía de estudio asignatura Derecho Administrativo*, cuarto año, primer semestre, continuidad de Estudios, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Departamento de Estudios jurídicos básicos, p. 18.

<sup>16</sup> Esta posición ha sido rebatida bajo el argumento de que la homologación entre actividad y función restringe el ámbito de la primera, aun cuando se interprete en su forma más extensa, planteándose que identificar, por tanto, la actividad administrativa con la noción de función es limitarla, reduciéndola a categorías muy específicas de actuaciones. Ver RONDÓN

totalmente actividad con función, pero en definitiva la actividad, especialmente la administrativa, deriva del ejercicio de funciones estatales. Las funciones son, en esencia, aquellas tareas sustanciales del aparato estatal que le dan razón de ser al mismo y que no pueden ejercerse sino en razón de la potestad constitucional identificada con el poder público; mientras que las actividades son aquellas actuaciones concretas, realizadas por órganos que pueden identificarse con el Estado resultantes de la gestión del interés público,<sup>17</sup> la cual en vista de la obtención de dichos intereses, puede obtener formas de manifestación muy variables y ser extensa en su constitución.

La gestión material de dicho interés colectivo por parte del Estado se manifiesta en todo un conjunto de acciones jurídicas que se realizan como forma y método del ejercicio de una de sus funciones, en este caso la administrativa, donde la Administración puede realizar tantos modos de actuación como intereses deben ser tutelados, figurando la función administrativa por tanto como la principal línea de actuación de la Administración Pública.

La actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues, en definitiva, aquella se concreta en una regulación, una limitación, un estímulo, una satisfacción, un control o una protección de los derechos y las garantías constitucionales.

No podemos desechar, tampoco, la idea de que claramente la actividad administrativa persigue la consecución de fines públicos o colectivos, pero no necesariamente son fines tan específicos ni preestablecidos especialmente por normativas jurídicas, aun cuando esa deba ser la regla. La acción administrativa tiene como finalidad general satisfacer necesidades públicas, las cuales pueden variar, y de hecho varían, en número y clase.

En palabras de BREWER CARÍAS, la actividad administrativa no es más que aquellas acciones desarrolladas por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizadas en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas a las cuales representan.<sup>18</sup>

---

DE SANOS, Hildegard, *Teoría general de la actividad administrativa*, Librería Álvaro Nora, Venezuela, 1995, pp. 16 y 17. En cuanto a la diferenciación entre función y actividad, véase además BREWER CARÍAS, Allan R., *Derecho administrativo. Los supuestos fundamentales del Derecho administrativo*, t. I, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 107.

<sup>17</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto...*, ob. cit., pp. 100, 101, 108 y 109.

<sup>18</sup> BREWER CARÍAS, Allan R., "La actividad administrativa y su régimen jurídico", en *Revista de Derecho Administrativo, Revista en Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, No. 55, enero-marzo, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 17.

La expresión *actividad administrativa*, por tanto, pasa a comprenderse no solo en aquello que constituye la función desarrollada por la Administración, sino que abarca cualquier actuación que realice esta, que le compete y que tenga trascendencia para el Derecho público, cualquiera que sea su contenido o efecto.<sup>19</sup>

### III. Criterios clasificatorios de la actividad administrativa

Exponer el contenido de la actividad administrativa es una tarea harto difícil, sobre la base de las tantas pautas y patrones que han rodeado el tratamiento de este tema, y que en definitiva lo que han hecho es explicar un mismo fenómeno desde diversos puntos de vista.

Serían múltiples las clasificaciones de la actividad a establecer,<sup>20</sup> las que independientemente de ser abundantes, son variables, cambiantes de acuerdo con condicionamientos culturales, sociales, políticos e históricos, y específicamente a los fines del Estado, fines que como ya se expuso, han ocupado una posición trascendental dentro de la ciencia política, propiciando que los autores ofrezcan numerosas y disímiles clasificaciones.

A inicios del siglo xx,<sup>21</sup> la actividad administrativa se mantenía concentrada en aquellas cuestiones relacionadas con las relaciones exteriores, la guerra, las finanzas, la justicia y la policía. La doctrina que caracterizó este siglo se planteó un sistema de clasificaciones, que nos permiten observar lo controvertido del asunto.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> RONDÓN DE SANJO, Hildegard, *Teoría general de la actividad administrativa*, ob. cit., p. 19.

<sup>20</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema de Derecho Administrativo y para el pensamiento administrativista actual", en *Documentación Jurídica*, Nos. 235-236, Instituto Nacional de Administración Pública, julio-diciembre, 1993, p. 8.

<sup>21</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho administrativo general*, t. II, 2ª ed., Lustel, Madrid, 2009, p. 252.

<sup>22</sup> Se hablaba de actividad administrativa jurídica o formal y material, siendo la primera la que se expresaba mediante actos formales, donde la manifestación de voluntad de la Administración Pública incide sobre la esfera jurídica de los administrados o ciudadanos modificando la misma, y la segunda mediante operaciones estrictamente físicas. Desde un análisis general, la actividad material, en último término, produce efectos jurídicos, por lo que podría ser considerada también como actividad jurídica. Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 253. Para GARRIDO FALLA, por ejemplo, la actividad administrativa jurídica era igual a la denominada por otros autores como actividad de policía, es decir, actividad jurídica o de policía, e incluía otra clasificación denominada como actividad social. En la primera, cuyo fin es asegurar la paz y el orden, se limitan derechos individuales, advirtiéndose una relación de sujeción entre el soberano y el súbdito o ciudadano, que derivaba en que dicha actividad no podía ser ejercida por particulares, es decir, por iniciativa privada. En cambio, en la actividad social el Estado asume y desarrolla servicios que también

Pudiera hacerse referencia a la actividad unilateral o bilateral de la Administración, figurando la primera como aquellas acciones que derivan de actuaciones unilaterales, es decir, actuaciones determinadas por una única voluntad, imputables en este caso a la Administración Pública; dígase actos jurídicos administrativos, reglamentos, disposiciones internas, entre otras; mientras que las segundas se expresan en actividades consensuadas en las que puede intervenir la Administración: contratos, convenios, etcétera.

Teniendo en cuenta los poderes jurídicos reconocidos a la Administración para la satisfacción del interés general, pudiera derivarse también otro criterio clasificatorio. Se habla, por ejemplo, de actividad reglada y discrecional. La discrecionalidad se manifiesta cuando, aun existiendo una predeterminación en el ordenamiento jurídico de la solución que debe ofrecerse al caso concreto, se le otorga a la Administración cierto margen de decisión a partir de varias soluciones aportadas por la propia norma, para que esta pueda optar por la que mejor resulte para la situación de que se trate, con vistas a proveer la satisfacción más provechosa del interés colectivo. En la llamada actividad reglada,<sup>23</sup> el objeto de la actuación administrativa debe aparecer predeterminado por la norma específica de que se trate, es decir, el comportamiento de la Administración se encuentra preestablecido en todo su alcance, sin posibilidad de selección en el comportamiento previsto.

La doctrina clásica<sup>24</sup> ha sistematizado la clasificación de dicha actividad siguiendo varias vertientes. Por su régimen jurídico, ha distinguido entre actividad sometida al Derecho administrativo y actividad sometida al Derecho privado; y por su contenido, de acuerdo con la rama clásica de la actividad del Estado a que fuera dirigida y por su forma, se ha diferenciado entre actividad de policía, actividad de servicio público y actividad de fomento. Esta última clasificación ha sido una de las más seguidas y estudiadas, impulsada en España por JORDANA DE POZAS.<sup>25</sup>

Partiendo de la generalización de la clasificación de JORDANA DE POZAS, muchos autores, especialmente en la doctrina española, han sustentado otras disímiles clasificaciones. VILLAR PALASI,<sup>26</sup> por ejemplo, añadió a la clasificación antes referida,

---

pueden ser prestados por particulares. Véase GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, p. 121.

<sup>23</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, 7ª ed. actualizada, LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 105 y 335.

<sup>24</sup> DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, "Las formas de actuación de las administraciones públicas", disponible en [wwwhttp://premium.vlex.com/doctrina/materiales-estudio-derecho-Económico-Administrativo/2300-143.03](http://premium.vlex.com/doctrina/materiales-estudio-derecho-Económico-Administrativo/2300-143.03), consultado el 2 de marzo de 2017.

<sup>25</sup> JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo", en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXVIII, Año IX, No. 48, Madrid, 1949, p. 41.

<sup>26</sup> DE LA RIVA, Ignacio M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 105.

la gestión económica. Dentro de esta categoría se encontraban todas aquellas acciones de naturaleza industrial y comercial que realiza la Administración Pública. GARRIDO FALLA,<sup>27</sup> aun cuando admite la clasificación de JORDANA DE POZAS, incluye dentro de la llamada actividad de policía aquellas prestaciones realizadas por los particulares a la Administración con carácter obligatorio.

Ramón PARADA<sup>28</sup> afirma los criterios anteriores, incluyendo como elemento novedoso la actividad arbitral. SANTAMARÍA PASTOR,<sup>29</sup> por su parte, suma la actividad sancionadora, exponiendo que de acuerdo con el contenido de la misma, esta propasa la actividad de policía.

Otro de los autores que más cercano en el tiempo ha ofrecido una clasificación de actividad administrativa es ARIÑO ORTIZ;<sup>30</sup> este autor reúne las diversas formas de acción administrativa en: reguladora e imperativa, fomento, prestación, producción, planificación, programación y la actividad arbitral. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ,<sup>31</sup> aunque con variaciones en la denominación de algunas actividades, en especial en cuanto a la actividad prestacional, asume un criterio amplio, pues incluye en esta categoría todas las acciones que de una u otra forma realice la Administración Pública.

Sin lugar a dudas, la realidad muestra el entrecruzamiento de los órganos y de los distintos fines de la Administración Pública, componentes del bien común, síntesis de los fines específicos, por lo que ello se traduce en la imposibilidad de lograr una delimitación absolutamente cerrada de la actividad administrativa.<sup>32</sup>

El desarrollo de las políticas públicas no puede hacerse únicamente desde un solo accionar o un tipo de actuación de la Administración Pública, aunque en determinado momento sea más idónea una que otra actividad de acuerdo con objetivo que se pretende alcanzar. Lo verdaderamente importante y preciso es que la Administración intervenga de la mejor forma posible, tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista social.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, ob. cit., p. 122.

<sup>28</sup> Para este autor, la actividad arbitral consistía en la acción mediadora que realiza la Administración en cuanto a los derechos e intereses de los particulares. Ver PARADA, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 401.

<sup>29</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., pp. 250 y 251.

<sup>30</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios del Derecho público económico*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2003, p. 300.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis, "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: Una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública", en AA.VV., *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, p. 750.

<sup>32</sup> GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial*, vol. I, ob. cit., p. 14.

<sup>33</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, p. 191.

La heterogeneidad que caracteriza la actividad administrativa ha generado una gran diversidad de criterios condicionados por perspectivas diferentes; por lo que no es posible reconducir la percepción de la actividad administrativa a una visión reducida o unitaria, en razón de sus posibilidades de clasificación.

La Administración Pública, indiscutiblemente, sobre la base de la gestión de intereses públicos como su fin esencial, posee una elevada capacidad de acción, la cual no puede simplificarse en criterios estrictos y en tipologías inflexibles.

#### **IV. El fomento como actividad administrativa**

El fomento se presenta como una de las modalidades de la actuación administrativa. Varios pudieran ser los argumentos que sustentan la defensa del fomento como actividad administrativa en general.

Inicialmente, pudiéramos decir que la actividad de fomento forma parte del contenido de la función administrativa, pues la misma ha sido identificada como una modalidad del accionar de la Administración Pública, siendo esta un medio para obtener la satisfacción de necesidades colectivas. Visto así, la actividad de fomento constituye una de las formas jurídicas que presenta la función administrativa, y desde el estudio de esta actividad, puede ser comprendido un segmento del ejercicio de dicha función.

La actividad de fomento es, además, un tipo de intervención administrativa o pública. El Estado puede intervenir en la vida de la comunidad y de sus ciudadanos de forma directa, mediante la asunción de la titularidad de determinadas actividades consideradas esenciales para la comunidad y la consecuente ejecución directa por su parte de las mismas, pero también puede intervenir de forma indirecta, mediante la ejecución por terceros de ciertas actividades, donde el papel del Estado se centra en la regulación, ordenación, control e impulso de las mismas.<sup>34</sup> Dependerá de cada Estado y de la línea sociopolítica concreta que asuman sus gobiernos, la utilización en mayor o menor intensidad de alguna de estas formas de intervención.

Dentro de las diversas modalidades de la acción administrativa y de la clasificación más recurrente de esta, el fomento se presenta como una forma de intervención indirecta en la actividad económica o social, la cual, por sus características y particularidades, es precisamente la que se distingue con mayor facilidad de las demás, dígase policía y servicio público.

<sup>34</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "Las nuevas perspectivas de la Administración Económica", en *Revista de Administración Pública*, No. 116, mayo-agosto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 150.

Su materialización pudiera explicarse diciendo que la Administración Pública no requiere, en ocasiones, tomar sobre sí misma la realización de actividades de carácter económico o social, bien porque no dispone de una organización adecuada para su puesta en práctica o porque se entiende que la acción estatal ha de limitarse a los casos y sectores en los que la iniciativa privada es de escasa actividad. Sin embargo, no debe tampoco permanecer neutra, pues inevitablemente tiene un cometido de conformación de la vida social y económica, y ha de intervenir en la marcha socioeconómica de un país, con el objetivo de conseguir que actividades de los ciudadanos con trascendencia social se realicen en un determinado sentido que resulta conveniente para la comunidad. Con este tipo de actuación el Estado no renuncia, al tiempo que provoca la participación, a su función ordenadora de la vida socioeconómica, ya que la propia complejidad de la sociedad moderna le fuerza a tomar parte de alguna manera o influir en las actuaciones de sus ciudadanos, de forma que sin resultar esta coactiva por la acción estatal, se coordinen y dirijan a la realización de fines y objetivos comunes.<sup>35</sup>

El fomento, además, aun cuando sea identificada como vía de intervención indirecta, se desarrolla por órganos integrantes del aparato público.

En este caso, la satisfacción del interés específico no va a ser directamente por la Administración Pública, pero su finalidad última, con la ayuda, el estímulo, la promoción, es satisfacer un fin colectivo, determinado expresa o tácitamente por la norma que atribuye la potestad al órgano para actuar en este sentido.

Por ello, el fomento puede ser considerado una forma de la actividad administrativa tanto por la naturaleza pública del sujeto que realiza la misma como por el fin que persigue, la satisfacción de necesidades públicas; ya que toda acción administrativa tiene como fin último satisfacer intereses o necesidades colectivas, y por las formas, modos o procedimientos en que se realiza, cuya ordenación jurídica corresponde al Derecho administrativo.

## V. La noción de fomento

La doctrina clásica identifica la actividad de fomento como la actividad administrativa dirigida a excitar comportamientos, fundamentalmente de ciudadanos y empresas, sobre la base de los objetivos de interés público o general que imponga el poder político a través de sus estructuras administrativas.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> MANZANEDO, J. A., J. HERNANDO y E. GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho administrativo (ensayo de una sistematización)*, Instituto de Administración Local, Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, Madrid, 1970, p. 708.

<sup>36</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, *La acción de fomento ante la nueva tipología de entes públicos*, Instituto de Estudios Fiscales, España, 2010, p. 18.

Dicha actividad se traduce en una intervención indirecta mediante el establecimiento de apoyos tributarios, financieros y crediticios a las actividades económicas privadas.<sup>37</sup> Sobre esta definición, la actividad de fomento en muchos casos no se limita únicamente al ámbito económico, independientemente de ser esta la esfera en la cual mayormente se visualiza. Se configura así, dicha actividad, como aquella acción de promoción de actividades privadas que satisfacen necesidades públicas o son de utilidad general.

Sin ánimo de dejar maltrecho el amplio camino que ya ha sido recorrido por muchos autores en aras de llegar a la noción del fomento, es posible ver como nota inicial que el concepto de fomento reposa sobre la idea de la conveniencia de que el Estado proteja, fomente o promueva actividades privadas que satisfacen intereses públicos sobre la base de conexiones público-privadas.

Las medidas de fomento son utilizadas con reiterada frecuencia por los diversos Estados, pues este tipo de actividad es considerada uno de los procedimientos más eficaces de promoción y estimulación de la iniciativa privada, además de constituir un auténtico cauce por el cual el Estado puede orientar la actividad de sus ciudadanos hacia la consecución de los fines que este persigue institucionalmente y dirigir la actividad económica del país de acuerdo con la coyuntura económica del momento.<sup>38</sup>

La concepción primigenia del fomento implicaba sustentar su análisis sobre el presupuesto de la total libertad en cuanto a la aceptación de sus modalidades, es decir, consistía en una actividad esencialmente benévola, cuya aceptación es totalmente voluntaria.<sup>39</sup>

Tomando como base dicho punto de partida, y en aras de llegar a los elementos más distintivos de este tipo de actividad administrativa, consideramos oportuno analizar la definición ofrecida por el catedrático español JORDANA DE POZAS. Según este, el concepto de fomento tiene dos elementos esenciales: por un lado, el elemento teleológico, caracterizado por la persuasión y motivación de actividades privadas, cuyo fin será satisfacer necesidades públicas; y, por otro, el elemento técnico, exponiendo que el desarrollo de dicha actividad no implica el ejercicio de la coacción ni la creación de servicios públicos.<sup>40</sup>

El análisis en torno a lograr una noción acabada del fomento, teniendo en cuenta el concepto ofrecido por dicho autor, pudiera partir entonces de una

<sup>37</sup> WITKER, Jorge, "De la intervención a la participación del Estado en la actividad económica", en *Introducción al Derecho económico*, Instituto de Investigación Jurídica, *Doctrina Jurídica*, No. 6, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, p. 66.

<sup>38</sup> BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 719.

<sup>39</sup> MARTÍN MATEO, Ramón y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico. El Estado y la empresa*, Pirámides S.A., Madrid, pp. 175 y 176.

<sup>40</sup> JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría...", ob. cit., p. 46.

idea negativa y otra positiva.<sup>41</sup> Desde la postura negativa, se estaría en presencia de la actividad de fomento cuando el Estado persigue fines públicos descartando en el desarrollo de esta actividad la utilización de la coacción y la realización de prestaciones. Desde la configuración positiva, el fomento sería entonces aquella acción encaminada a proteger o promover actividades, establecimientos o riquezas de los particulares u otros entes públicos que satisfagan necesidades públicas o se consideren de utilidad general. En esencia, se trata de alcanzar por medio del fomento la satisfacción de una necesidad pública, sin merma de la actividad del administrado, que estimulado por la Administración coopera voluntariamente en esta satisfacción.

Acerca de su visión como actividad positiva,<sup>42</sup> hay autores<sup>43</sup> que la defienden como una actividad favorable sobre los particulares, donde el fomento es considerado como una ampliación de la esfera jurídica de los destinatarios privados, pues la Administración crea *ex novo* derechos, facultades o poderes que hasta entonces el administrado no tenía.<sup>44</sup>

Esta posición ha tenido como principal consecuencia que se sostenga<sup>45</sup> que para otorgar dichas ayudas, el poder público no necesita ningún título específico de intervención en la economía o la vida privada, pues no supone limitación alguna en la esfera de los particulares, sino todo lo contrario, una ampliación, pues se traduce en beneficio para los destinatarios en primera instancia. Independientemente de esto, no se puede dejar de reconocer, primero, que hay una intervención material y fáctica en la actividad privada, pues se condiciona el otorgamiento del beneficio al cumplimiento de ciertas finalidades; y, segundo, que el desarrollo de este tipo de actividades por los poderes públicos presenta ciertos límites, como la disponibilidad del gasto, aunque hay acciones de fomento que no implican gasto público, así como la necesidad de observancia estricta de ciertos principios, entre otros límites que dependerán de la configuración de esta actividad en un ordenamiento jurídico concreto. Es coincidente agregar como elementos distintivos de este tipo de actividad, la no utilización de coacción ni la creación de servicios públicos.

<sup>41</sup> DÍAZ, Manuel María, *Manual de Derecho administrativo*, II, ob. cit., p. 231.

<sup>42</sup> Véase también PEÑA SOLÍS, José, *La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica. Manual de Derecho administrativo*, vol. III, 2ª reimpr., colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009, p. 247; BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Fondo editorial de Derecho y Economía, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 1044; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho administrativo. Manuales universitarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 609; DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 7ª ed., Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 770.

<sup>43</sup> DIEZ, Manuel María, *Manual...*, II, ob. cit., p. 231.

<sup>44</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, II, ob. cit., p. 324.

<sup>45</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho económico*, 2ª ed., Iustel Madrid, 2008, p. 245.

La actividad de fomento, en este sentido, consiste en aquella acción de ayuda estimulante ejercida sobre el ánimo de los administrados para determinarles, sin utilizar la fuerza para que quieran lo que el Estado ha considerado beneficioso.<sup>46</sup>

En este tipo de actividad administrativa el Estado no utiliza su característica fuerza coactiva, sino aparece como estimulador de determinadas actividades,<sup>47</sup> en aras de satisfacer intereses colectivos.

Con esta óptica, el fomento no es un mandato vertical coactivo, sino una complementación voluntaria entre la sociedad civil y el poder público, utilizando como regla la persuasión, con un centro de gravedad o denominador común que es la satisfacción de necesidades colectivas.

Por otra parte, es muy frecuente que se asuma<sup>48</sup> el fomento y sus técnicas reducidos a medios económicos, lo cual ha derivado consecuentemente en identificar estos últimos como directos o indirectos.<sup>49</sup> Los incentivos directos son considerados como incentivos que causan una repercusión inmediata en la situación patrimonial del destinatario y los indirectos establecen condiciones básicas y favorables, que deben repercutir positivamente en el patrimonio del sujeto fomentado, son medidas preparatorias o complementarias de otras.

Así, es resumida este tipo de actividad administrativa, como el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados, privados o públicos, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o por realizar, quedando en el último caso afectados y obligados a su desarrollo.<sup>50</sup>

El concepto de fomento ha sido enriquecido modernamente, al ser considerado como la típica forma de intervención estatal, consistente en una ayuda o estímulo tendente a que los particulares puedan realizar sus propias

<sup>46</sup> IZU BELLOZO, Miguel José, "El régimen jurídico de los premios concedidos por las Administraciones Públicas", en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, No. 47, España, 2009, pp. 132 y 133. Véase además, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La actividad administrativa de fomento", AA.VV., *Curso de Derecho administrativo iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública, Granada, 2015, p. 387.

<sup>47</sup> MARTÍN MATEO, Ramón y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico*, ob. cit., p. 171.

<sup>48</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 351.

<sup>49</sup> STOBER, Rolf, *Derecho administrativo económico*, 1ª edición, colección Estudios, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, p. 196.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis, "La actividad administrativa dispensadora", ob. cit., p. 758.

finalidades comerciales e industriales.<sup>51</sup> Se analiza el fomento como actividad de promoción, pero también como actividad de protección.

Ciertamente, con la materialización de la actividad de fomento se logra obtener, de forma derivada, otros objetivos; además, dentro de la misma se implican otro grupo de acciones materiales que no se resumen únicamente en el estímulo.

Se puede decir así, en términos generales, que la actividad de fomento es una manifestación de la actividad administrativa de dirección, ya que exige medidas de planificación para determinar los fines públicos que deben ser incentivados, así como la composición de todos aquellos intereses que deben ser satisfechos previniendo los efectos desfavorables que puedan resultar de dicha actividad.<sup>52</sup>

Con el fomento, además, consideramos que se estimula la eficiencia y la productividad, que en definitiva redundan en beneficio público. Es una actividad que se desarrolla mediante la existencia de facultades concurrentes no exclusivas. Ayudar y participar no significa reemplazar, debe existir una retroalimentación entre ambos sujetos, la Administración debe promover aquellas actividades que estime que por la coincidencia en los resultados con su fin esencial, puedan ser llevadas a cabo por los sujetos privados y estos, a su vez, si deciden implicarse, someterse a las regulaciones, el control y la dirección que haga el ente público.

Queda claro hasta el momento que la actividad de fomento o promoción es una modalidad de acción administrativa, traducida en una intervención indirecta en el ámbito social, consistente en el otorgamiento, por parte de los órganos integrantes de la estructura orgánica administrativa, de apoyos, ayudas, beneficios de diversa naturaleza, sin que ello implique la utilización de la coacción ni la creación de servicios públicos, con el objetivo de estimular e incentivar actividades desarrolladas por los ciudadanos que repercuten en la satisfacción de necesidades colectivas.

De dicho concepto se deriva todo un conjunto de elementos que permiten, mediante su análisis, construir la noción de fomento.

Encontramos así un elemento subjetivo, referido a los sujetos que participan en dicha relación jurídica, tanto activo como pasivo; un elemento objetivo, el

<sup>51</sup> NAHUEL, Alejandro, "La igualdad y el acceso al fomento", en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal, servicios públicos, poder de policía y fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, RAP, Argentina, 2011, p. 484.

<sup>52</sup> ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, "La actividad de fomento", texto completo disponible en [www.lavirtu.com/eniusimg/enius4/2007/18/adjuntos\\_fichero\\_137935](http://www.lavirtu.com/eniusimg/enius4/2007/18/adjuntos_fichero_137935), consultado el 9 de febrero de 2017.

cual se encuentra compuesto por el contenido de la ayuda; el elemento formal o técnico, que consiste en cómo se desarrolla la promoción o el estímulo; y el elemento teleológico, dirigido a los fines específicos que se persiguen con el desarrollo de la actividad.

### **V.1. Elemento subjetivo**

En la actividad administrativa de fomento, en especial teniendo en cuenta quién realiza dicha actividad y hacia quién va dirigida, intervienen dos sujetos esenciales, sujeto activo, en este caso la Administración Pública o el órgano específico integrante de la misma con competencia para ello, y un sujeto pasivo que pueden ser los particulares, ciudadanos o en algunos casos entes administrativos.

Es en este particular donde único la doctrina se pone de acuerdo, reconociendo que todas las modalidades mediante las cuales se manifiesta el fomento derivan de los poderes públicos.<sup>53</sup> Ello se traduce en el hecho de que cualquier persona jurídica de Derecho público pueda ser sujeto activo de este tipo de relación, siempre y cuando, claro está, se encuentre dentro del ámbito de su respectiva competencia.

Existen ordenamientos jurídicos en los que se asume un tercer sujeto, que participa y forma parte de la actividad administrativa de fomento, son denominadas entidades de colaboración,<sup>54</sup> pues actúan en nombre y por cuenta de la entidad concedente, sometiéndose en su misión a las reglas establecidas por esta última, siendo una forma alternativa de gestión de dicha actividad. Generalmente, este tipo de sujetos se manifiestan con mayor intensidad, como parte del régimen jurídico, en la entrega de subvenciones como modalidad de la actividad de fomento. Son consideradas una vía de gestión indirecta de la actividad de fomento, distinguiéndose de las sociedades estatales. Ejemplo de estas son las corporaciones de Derecho público y las fundaciones que estén bajo el protectorado de un ente de Derecho público, así como las personas jurídicas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan.<sup>55</sup>

Lo relevante sobre la inclusión de las entidades de colaboración como uno de los sujetos de la actividad de fomento es que en este caso, quien otorga en última instancia el incentivo no es el propio órgano que determinó la entrega o la realización de la modalidad que se estime pertinente, lo cual produce, como consecuencia, la falta de claridad en cuanto a quién es en realidad el sujeto activo de dicha relación.

<sup>53</sup> DE LA RIVA, M. Ignacio, *Ayudas públicas...*, ob. cit., p. 136.

<sup>54</sup> ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, "La actividad de fomento", ob. cit.

<sup>55</sup> DE LA RIVA, M. Ignacio, *Ayudas públicas...*, ob. cit., p. 136.

Sobre este particular, se han ofrecido dos soluciones o criterios<sup>56</sup>. Por un lado sería necesario tener en cuenta que lo decisivo en este tema es quien otorga el incentivo y no a cargo de quien se otorga y por otro lado, es importante valorar el origen público de los fondos.

Particularmente considero que se debe tener en cuenta ambos criterios, con un centro de gravedad que derive en que la actividad se desarrolle de forma efectiva. Apostar únicamente por la primera solución traería como consecuencia no poder diferenciar las modalidades de fomento, de otros tipos de accionar administrativo, ejemplo, las donaciones, pues precisamente el hecho de que sea un sujeto público el otorgante del beneficio es lo que permite diferenciar el fomento de dichas donaciones y la segunda de estas soluciones sería factible solamente para el caso de las subvenciones.

Es necesario además tener en cuenta que la disposición de los fondos públicos por el sujeto que se trate debe realizarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Administración y puede considerarse la inclusión de las entidades de colaboración como una manifestación de participación.

Indiscutiblemente, es tan trascendental el hecho de que el sujeto activo tenga carácter administrativo como que los fondos utilizados tengan de igual forma carácter público.

La Administración Pública, como clásico titular de la actividad de fomento, dirige el desarrollo de esta, para lo cual, unido al otorgamiento o puesta en práctica de sus modalidades específicas, cuyo objetivo es el estímulo o promoción, desarrolla todo un conjunto de acciones derivadas, en aras de determinar, por ejemplo: los fines a satisfacer, las actividades proclives a fomentar, el establecimiento de criterios objetivos de selección de los sujetos que figurarán como beneficiarios, entre otros elementos. Todo ello contribuirá al adecuado desarrollo de este tipo de actividad.

En relación con el sujeto pasivo, que particularmente no considero correcto llamarle sujeto pasivo, pues en definitiva desarrolla dentro de la relación de fomento una acción concreta y directa al comprometerse a la realización de ciertas actividades de interés colectivo, de ahí que se prefiera llamarle más apropiadamente beneficiario, la polémica deriva cuando este ostenta una condición pública.

Lo tradicional cuando se estudia el contenido y configuración de este tipo de actividad administrativa es que los sujetos destinatarios de los incentivos sean sujetos privados; pero, lo cierto es que pueden darse determinados casos en

<sup>56</sup> *Ibidem*.

los que el provecho o ventaja lo reciba una persona jurídica pública, al igual que el sujeto otorgante.<sup>57</sup>

La clave para dilucidar esta cuestión se encuentra, primeramente, en el elemento teleológico, y en segundo lugar, en la coincidencia de voluntades entre los sujetos privados y el ente público.

Evidentemente, el fin esencial del fomento es atender directa e inmediatamente al perfeccionamiento, progreso y bienestar de la sociedad.<sup>58</sup> De acuerdo con este particular, se desecharía la idea de que el beneficiario de dicha actividad pueda ser un ente público, ya que la obtención de fines públicos también forma parte de su naturaleza.

La Administración Pública, así como cada uno de los entes públicos que la integran, tienen como objetivo, de manera general, la defensa y búsqueda de dichos intereses, sin tener que necesariamente fomentarlos.<sup>59</sup>

Ello trae como consecuencia, que no sea necesario fomentar la actividad de estos entes, pues no hay diferencia sustancial en sus fines últimos y por tanto, tampoco hay diferencia relevante en sus voluntades.

De esta forma, hay quienes<sup>60</sup> la defienden como ayudas públicas interadministrativas o meras transferencias patrimoniales, y otros<sup>61</sup> asumen el hecho de que válidamente dicha acción administrativa pueda estar dirigida a personas jurídicas públicas.

Lo que sí queda claro es que derivado del concepto originario de fomento y de sus elementos característicos, la regla es que los beneficiarios sean sujetos privados, pues el contenido de esta actividad es precisamente en aras de lograr persuadir a quienes se encuentran ajenos al aparato público, para que tengan un comportamiento ajustado a los fines perseguidos por este.

<sup>57</sup> En cuanto a la cuestión de determinar si podemos catalogar o incluir este tipo de acción dentro del fomento, véase MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis, “La actividad administrativa dispensadora”, ob. cit., p. 758; BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, “Sobre el concepto de fomento”, en *Revista de Administración Pública*, No. 54, septiembre-diciembre, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 49; VILLAR PALASI, José Luis, “Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político”, en *Revista de Administración Pública*, No. 14, mayo-agosto, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 28.

<sup>58</sup> GUAITA, Aurelio, *Derecho administrativo especial*, vol. II, reimpr., Zaragoza, 1965, pp. 10 y 11.

<sup>59</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, 2ª ed., Colex, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2010, p. 43 y ss.

<sup>60</sup> Véase DE LA RIVA, M. Ignacio, *Ayudas públicas...*, ob. cit., p. 149; MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Las nuevas perspectivas de la Administración Económica”, ob. cit., pp. 485 y 486.

<sup>61</sup> Por ejemplo: VILLAR PALASI, José Luis, “Las técnicas administrativas de fomento”, ob. cit., p. 76.

Independientemente de ello, dicha fórmula no puede ser absoluta, ya que no deseamos totalmente la idea de que en ciertas circunstancias se pueda fomentar o promover actividades desarrolladas por algunos sujetos públicos, por ejemplo, algunos entes públicos descentralizados.<sup>62</sup>

## V.2. Elemento objetivo

Dentro del elemento objetivo, podemos analizar la sustancia, el contenido de la ayuda o el estímulo que se otorga mediante la actividad de fomento. Su extracto puede ser muy diverso, incluso la doctrina ha estado dividida en cuanto a considerar o atribuir uno u otro contenido como expresión de este tipo de actividad administrativa.

Como cuestión común de las diversas formas en las que se puede evidenciar el contenido del fomento, se encuentra el hecho de que a las mismas no se les atribuye un carácter oneroso. Ello está dado sobre la base del simple hecho de que no es necesario que exista una contraprestación por parte del sujeto beneficiario. Aun así, el hecho de reconocer el carácter gratuito de este tipo de actividad, no significa asumir que esta sea una simple liberalidad por parte de la Administración Pública; primero, porque su fin u objetivo primordial no es mejorar la situación del beneficiario y, segundo, porque este último queda afectado a realizar, como deber u obligación, la actividad que resultó de interés público y que motivó la inclinación de la Administración para ser impulsada.<sup>63</sup>

De esta forma, primeramente, como criterio más general, tenemos aquel que dice que el fomento se presenta bien como incentivo positivo o negativo.<sup>64</sup> Los primeros son aquellos que comprenden el otorgamiento de prestaciones, bienes o ventajas a favor del titular de la actividad o beneficiario, los segundos, en esencia significan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos actividades o establecimientos contrarios a los que la Administración institucionalmente quiere fomentar.<sup>65</sup>

Este último orden no es muy recurrente, considerando que no podemos asumir los mismos como manifiestos contenidos de fomento, ya que en esencia este consiste en la promoción de actividades beneficiosas para la colectividad, su objetivo es impulsar para lograr la obtención de fines públicos, aunque sea

<sup>62</sup> Véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Los convenios para la prestación de ayuda financiera entre el Estado y las comunidades autónomas", en *Documentación Administrativa*, No. 240, Instituto Nacional de Administración Pública, octubre-diciembre, 1994, p. 197 y ss.

<sup>63</sup> DE LA RIVA, M. Ignacio, *Ayudas públicas...*, ob. cit., p. 181.

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La actividad administrativa de fomento...", ob. cit., p. 387.

<sup>65</sup> JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría...", ob. cit., p. 48. En el caso de la clasificación desde una vertiente negativa, también son tratadas como medidas de prohibición. Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 610.

de forma indirecta. El Estado ofrece estímulos positivos a los ciudadanos y empresas, que satisfacen determinados fines fijados de antemano en atención al interés general.<sup>66</sup>

La esencia del fomento como accionar administrativo que ha sido guía de estudio entre los diversos autores, es aquella establecida y defendida por JORDANA DE POZAS.<sup>67</sup> Este autor expuso que el contenido del fomento podía presentarse como la puesta a disposición de la persona o empresa beneficiada de bienes de titularidad pública, tanto demaniales como patrimoniales.<sup>68</sup> Estos son los supuestos en los que las administraciones ceden a un particular o empresa el uso o el aprovechamiento de bienes de dominio público o de bienes patrimoniales, o permite la utilización de servicios técnicos previamente creados por la Administración Pública. A estos efectos, el beneficiario de estas ventajas lo será mediante la correspondiente habilitación.<sup>69</sup>

Acerca de la puesta a disposición del beneficiario de la actividad de fomento de bienes de titularidad pública, es válido resaltar que los argumentos en cuanto a esta clasificación se refieren a que el régimen de concesión o autorizaciones de uso de bienes públicos no persigue incentivo alguno, y la protección de los valores colectivos que dichos bienes poseen, así como su correcta ordenación en aras de su adecuado aprovechamiento, es más bien parte de la actividad administrativa de ordenación.<sup>70</sup>

Se pueden evidenciar además, según este autor, como ventajas indirectas de carácter financiero, las cuales se concretan en la pérdida de ingresos para la Administración por cuenta de exenciones y degravaciones fiscales. En este caso se trata de medidas generales de política económica, establecidas necesariamente por vía legislativa y cuya aplicación es de carácter regado.<sup>71</sup> Su contenido puede estar dado además, como una financiación u otorgamiento de dinero por parte de entidades oficiales de crédito, bajo condiciones favorables, a los particulares o simplemente mediante el desembolso efectivo de dinero del erario público a favor de los particulares, el clásico ejemplo de la misma son las subvenciones.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 718.

<sup>67</sup> JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría...", ob. cit., p. 53.

<sup>68</sup> Véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 354; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, ob. cit., p. 366; MORÓN SÁNCHEZ, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, ob. cit., p. 793.

<sup>69</sup> ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, "La actividad de fomento", ob. cit., p. 20.

<sup>70</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 360.

<sup>71</sup> Véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 354; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, ob. cit., p. 367.

<sup>72</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho económico*, ob. cit., p. 336.

Los premios son otra de las modalidades en las que se manifiesta el contenido de este tipo de actividad administrativa. En relación con estos, aun siendo una técnica de incentivo, hay que tener en cuenta que para su concesión es presupuesto previo la realización de una actividad, sin establecerse una relación jurídica previa entre el otorgante y el aspirante al premio.<sup>73</sup>

Siguiendo la línea de criterios anteriores, de acuerdo con la modalidad o técnica de fomento que se utilice, su contenido puede tomar parte, bien mediante la entrega de dinero público en efectivo, en especie, con la concesión de bienes de carácter público, con lo cual, de forma general, se coloca al beneficiario en una mejor situación patrimonial, o simplemente mediante el otorgamiento de derechos en razón de la realización de la actividad considerada de interés colectivo.

Muchos pueden ser los ejemplos que poseen respaldo jurídico y son utilizados como medios o modalidades de fomento. Podríamos citar, además, las condecoraciones civiles y militares, los premios académicos o las calificaciones, los anticipos, las exoneraciones tributarias, la concesión de plazos especiales, etcétera.

Lo significativo en esta cuestión es que el contenido de la modalidad que se utilice se traduzca en estímulos concretos, que muevan a los particulares a actuar en determinada dirección deseable para la Administración Pública por satisfacer intereses colectivos.

Sobre la base de lo dicho con anterioridad, y teniendo en cuenta la variedad sustancial en relación con las numerosas técnicas que pueden ser utilizadas, consideramos necesario realizar un análisis casuístico de la actividad que se pretende fomentar, el fin perseguido y las circunstancias que rodean la misma, a fin de realizar una ponderación de los medios elegidos para la mejor y más eficaz satisfacción de los intereses públicos.

### **V.3. Elemento formal o técnico**

Como parte de las diversas conceptualizaciones ofrecidas de la actividad de fomento, una gran parte de los autores coincidentemente agregan a su configuración, la no utilización de la coacción ni la creación de servicios públicos.

En cuanto a la no creación de servicios públicos, este elemento pudiera explicarse sobre la base de que estos son actividades prestacionales de titularidad

<sup>73</sup> FARRERES FERNÁNDES, Germán, "La actividad de fomento en el reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 (Régimen jurídico de las subvenciones y de la acción concertada)", en *Revista de Administración Pública*, No. 139, enero-abril, 1996, p. 50.

pública, es decir, hay actividades que se asumen como propias del Estado o de cualquier Administración Pública en el marco de sus respectivas competencias y sobre la base de razones de interés general.<sup>74</sup>

Algunos autores consideran la actividad de fomento como uno más de los modos de gestión de los servicios públicos, siempre que se asimilen a estos las actividades privadas de interés público. Ello se fundamenta, en especial, mediante las subvenciones como una de sus principales técnicas. Con la injerencia subvencionadora de la Administración como una de sus modalidades, la actividad sigue siendo privada, pero la entidad o persona que la produce cae en una especial dependencia respecto a la Administración, que la acerca de hecho al estatuto de quienes gestionan auténticos servicios públicos.<sup>75</sup>

Consideramos que el fomento no forma parte de la actividad prestacional del Estado, pues la actividad de este se limita a accionar indirectamente mediante medidas de estímulo sobre la esfera de los particulares, donde estos últimos son los que realizarán la actividad de forma directa e inmediata sometidos a la dirección y control de la Administración Pública.

Sobre la no utilización de la coacción, es necesario hacer referencia a la definición de JORDANA DE POZAS, de la cual derivan dos elementos esenciales, uno teleológico, al cual nos referiremos más adelante; y otro técnico, que es precisamente la no utilización de la fuerza.<sup>76</sup>

Dichos elementos han sido fuertemente criticados sobre la base de que el fin proteccionista del fomento puede, de alguna manera, lograrse con la coacción, al igual que la protección del orden público puede obtenerse por medio de la disuasión;<sup>77</sup> crítica fundada además en el principio de intercambiabilidad<sup>78</sup> de las técnicas de actuación administrativa.

Está claro que en las medidas de fomento no hay obligatoriedad, es una promoción, cooperación, a ciertas actividades privadas, que al Estado le interesan por satisfacer intereses de la colectividad.

La actividad de fomento se basa en que los poderes públicos buscan, en ocasiones, que los ciudadanos se comporten de determinada forma, pero no les imponen obligaciones, sino que establecen estímulos o incentivos para que, efectivamente, actúen como se considera oportuno. En toda esta actividad no se limita ni se restringe la libertad de nadie, sino que se amplía.

<sup>74</sup> MORÓN SÁNCHEZ, Miguel, *Derecho administrativo*, ob. cit., p. 771.

<sup>75</sup> MANZANEDO, J. A., J. HERNANDO Y E. GÓMEZ REINO, *Curso de Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 717.

<sup>76</sup> JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría...", ob. cit., p. 45.

<sup>77</sup> DE LA RIVA, Ignacio M., "La figura del fomento...", ob. cit., p. 416.

<sup>78</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, ob. cit., p. 191.

El fomento no es un mandato vertical coactivo, por decirlo de alguna manera, sino una cooperación entre los ciudadanos y el poder público, con un centro de gravedad o un denominador común, que es la satisfacción de necesidades colectivas.

La regla es la no utilización de la coacción, pero existen casos en los cuales se establece como requisito el cumplimiento de una condición para poder acceder al estímulo, condición que pudiera ser tomada como elemento coactivo.

En estos casos, pudiéramos realizar una valoración sobre la base de dos vertientes diferentes: por un lado, con la imposición de dicha condición se pudiera plantear que hay, de forma disimulada, utilización de la coacción, pues se estaría obligando al beneficiario al cumplimiento de una obligación para poder llegar a obtener el estímulo y, por otro lado, habría que valorar si dicho beneficiario tiene la total libertad de decidir si quiere o no realizar la conducta bajo las condiciones que establece la Administración Pública.

Siguiendo la línea de ideas anteriores, consideramos necesario distinguir entre el hecho de que el otorgamiento de cualquier medida de fomento signifique una mera liberalidad y libertad del particular en cuanto a la aceptación de implicarse en el desarrollo de la actividad.

En primera instancia, la actividad de fomento no responde a un *animus donandi*, la persuasión, el estímulo, se otorga a cambio de que el beneficiario adecue su actuación a los fines perseguidos por la Administración. Ello tampoco quiere decir que la modalidad de fomento que se adopte no tenga carácter devolutivo. El hecho de reconocer el carácter gratuito de este tipo de actividad, no significa asumir que sea una liberalidad, primero porque no se otorga con el objetivo de mejorar la situación del beneficiario y, segundo, porque este último queda afectado a realizar como deber la actividad que resulta de interés público y que motivó el interés de la Administración para ser impulsada.<sup>79</sup>

El beneficiario tiene la libertad de decidir si se vincula o no en la relación producto de la acción fomentadora. Ahora bien, si lo hace, definitivamente el vínculo que nace de la relación jurídica administrativa derivada de este tipo de actividad entre Administración y beneficiario, se convierte en título habilitante suficiente para que la primera exija y ejerza facultades de control y fiscalización.

En cualquier caso, debe quedar claro que el desarrollo de la actividad de fomento no exige de ninguna manera la disminución del papel de la Administración Pública, sino que se utilicen las técnicas tradicionales de

<sup>79</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas”, ob. cit., p. 763.

intervención directa, además de acudir a los instrumentos de intervención indirecta, que le permitan el desarrollo y dirección de una política económica concreta que satisfaga de forma eficiente los intereses públicos.<sup>80</sup>

Se trata de una persuasión e incentivación como técnica para llevarla a cabo. De una contribución, de la realización de actividades en conjunto sobre la base de principios que permitan la eficiencia, el control, el respeto, la igualdad y la exigencia de responsabilidad entre los sujetos integrantes de la relación jurídica administrativa.<sup>81</sup>

En este tipo de actividad sobresale la idea de colaboración frente a la imposición que caracterizan otras formas de actividad administrativa, pues son medidas que otorga el poder público a fin de incentivar actividades privadas que persiguen intereses colectivos y donde el particular tiene la libertad de decidir si se integra o no en dicha relación, en aras de contribuir a la satisfacción de intereses públicos.

Con la marcha de esta actividad se expresa una posición intermedia entre una actividad inhibitoria del Estado y aquella en la que con mayor o menor grado actúa de forma directa y con sus propios medios.<sup>82</sup>

Existen autores que defienden el fomento como actividad de promoción, pero también como actividad de protección. Se plantea entonces que esta actividad es la típica forma de intervención estatal, siendo esta una ayuda o estímulo, tendiente a que los particulares puedan realizar sus propias finalidades comerciales e industriales.<sup>83</sup>

Ciertamente, muchas de las medidas utilizadas como manifestación del fomento lo que persiguen es la promoción, pero, en otros casos, se realizan teniendo en cuenta la protección, especialmente cuando se trata de resguardar una determinada actividad económica a través de la adopción de medidas restrictivas o limitativas que afectarían derechos de terceros.<sup>84</sup>

Acerca del procedimiento administrativo mediante el cual se pone de manifiesto este tipo de actividad, pudiera hacerse referencia a si se realiza mediante

<sup>80</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Las nuevas perspectivas de la Administración Económica*, ob. cit., p. 151.

<sup>81</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 89.

<sup>82</sup> HERNÁNDEZ ARMIENTA, Gonzalo, "La participación del administrado en la actividad administrativa", en *Estudios jurídicos-administrativos en homenaje a Germán Cisneros Farías*, Universidad Autónoma de Nuevo León-Universidad de La Habana, México, 2004, p. 689.

<sup>83</sup> NAHUEL, Alejandro, "La igualdad y el acceso al fomento...", ob. cit., p. 484.

<sup>84</sup> LA PIERRE, José Augusto, "Regímenes de promoción económica", en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, RAP, Buenos Aires, 2004, p. 586.

técnicas unilaterales o consensuadas. Hay quienes analizan incluso si pudiera esta actividad administrativa ser resultado de la acción concertada.<sup>85</sup> Pudiera afirmarse que estamos en presencia de auténticos contratos<sup>86</sup> en cuanto al condicionamiento de las modalidades utilizadas para cumplimiento de determinada conducta, donde una vez aceptados los términos, ambas partes quedan totalmente obligadas. A su vez, no hay objeción en aceptar que son resultado de la aplicación de normas reglamentarias, como consecuencia del hecho de que los particulares se sometan a las condiciones previstas por la Administración.

Indiscutiblemente, la acción concertada posee un alto grado de voluntariedad; por lo que posiblemente se esté ante la presencia de un proceso de naturaleza mixta en el que existen factores de voluntariedad, es decir, un cierto pacto entre Administración Pública y administrado o beneficiario, pero con consecuencias reglamentarias ulteriores.<sup>87</sup>

Otra de las cuestiones que pudieran incluirse dentro del cómo se realiza o se lleva a cabo la actividad de fomento, está relacionado con el carácter discrecional que pudiera implicar esta.

Evidentemente, el órgano concedente posee, por ejemplo, ciertas facultades de apreciación respecto a las actividades objeto del fomento, además de la valoración de las cualidades y aptitudes de los solicitantes, lo cual requiere y hace necesario que la configuración y regulación de la actividad de promoción se haga sobre la base de principios y técnicas de reducción de la discrecionalidad.<sup>88</sup>

Si asumimos además que el fomento es una vía indirecta de satisfacción de necesidades colectivas, que supone el otorgamiento de estímulos o beneficios a los sujetos privados, dentro de los cuales se encuentra la inversión de fondos públicos, indiscutiblemente la misma, por lo que representa y deriva,

<sup>85</sup> MARTÍN MATEO, Ramón y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico*, ob. cit., pp. 183 y 184.

<sup>86</sup> Se plantea que el vínculo establecido entre la Administración y el beneficiario es un vínculo bilateral, es decir, de carácter contractual, en cuanto el beneficiario interviene con su voluntad en el desarrollo de ese vínculo, más allá de solicitar simplemente el beneficio. Ver BALBÍN, Carlos. F., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 1a edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 1052.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> Este elemento ha sido una consideración basada en el hecho de que las medidas de fomento, y en particular el otorgamiento de las subvenciones como modalidad clásica de la misma, sean manifestación de puros actos discrecionales. Hoy la doctrina señala que se trata de actos reglados. Esta actual concepción se interpreta de las diversas regulaciones singulares que incluyen elementos reglados, que permiten debilitar la invocación de la discrecionalidad administrativa sin perjuicio de que a falta de estos elementos, opere en la reducción de la discrecionalidad otros no previstos en la norma. Ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, ob. cit., p. 343.

debe estar sujeta al principio de legalidad, por lo que se considera totalmente necesario que la determinación de las actividades propicias para el fomento, las ayudas a conceder, el importe, el procedimiento, los beneficiarios y demás, esté regulado normativamente.

Podemos decir entonces que los elementos que identifican la forma o técnica para materializar la actividad de fomento son: la no utilización de la coacción ni la creación directa de servicios públicos; acción favorecedora que independientemente de ser gratuita, no significa ser una absoluta liberalidad, aun cuando la Administración tenga cierto margen de discrecionalidad en relación con la valoración de cuáles actividades son convenientes y merecedoras de promoción, su regulación y articulación debe realizarse con el establecimiento de criterios objetivos que restrinjan dicha discrecionalidad.

Del elemento técnico deriva en gran medida la funcionalidad del fomento como actividad administrativa, a fin de lograr satisfacer de la mejor forma y lo más garantista posible los intereses colectivos.

#### **V.4. Elemento teleológico**

El elemento teleológico está encaminado a identificar el fin que persigue la actividad de fomento como uno de los caracteres más identitarios de la misma y sobre el cual han girado grandes debates doctrinales y donde es una constante en la configuración de su noción, además de que marca la sujeción del fomento como una institución del Derecho administrativo.

Pudiéramos decir que el interés general o la satisfacción del interés general es la brújula que guía el desarrollo de esta actividad, pues, por una parte, el otorgamiento de incentivos o estímulos no puede convertirse en una mera liberalidad de la Administración y, por otra, los beneficiarios no pueden perder de vista que su conducta o actividad está dirigida a satisfacer intereses públicos, ya que la actividad de los particulares se promueve en tanto coincide con la satisfacción de dichas necesidades.

En palabras de MELLADO RUIZ,<sup>89</sup> la tutela de los intereses públicos ha de ser eficaz y abierta, finalista y racional, lo que exige la colaboración de todos, incluidos los propios ciudadanos en su consecución. Por ello, la actividad de fomento viene a ser el engarce idóneo y necesario entre la actividad de los particulares y los fines de interés general perseguidos, en principio, por las Administraciones Públicas.

<sup>89</sup> MELLADO RUIZ, Lorenzo, "Actividad económica de fomento y Constitución Europea: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del Régimen Europeo de las Ayudas del Estado", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, No. 324, septiembre, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 62.

Los fines perseguidos a primera vista con el desarrollo de la actividad de fomento pueden ser coyunturales o con mayor vocación de permanencia, es decir, permanentes, aunque los segundos en un momento dado pueden responder a circunstancias determinadas. Los primeros, está claro que responden a situaciones transitorias y los segundos se plasman en medidas estimulatorias que interesan a la estructura de la economía y la sociedad en general, por lo que poseen cierta estabilidad manteniéndose ininterrumpidamente.<sup>90</sup>

De la conceptualización tradicional de la actividad de fomento se deriva la necesidad de que exista una correspondencia de intereses públicos y privados, pues es lo que permite, en cierta forma, la persuasión y el estímulo. Independientemente de ello, los intereses particulares que en última instancia propiciaron que el individuo acepte contribuir con la Administración, considero no son tan relevantes para el Derecho administrativo y para la configuración de esta actividad, aun cuando no deben ser desestimados totalmente por esta última. La Administración lo que persigue es la conveniencia pública con la entrega de los beneficios.<sup>91</sup>

Sobre el elemento teleológico, estimo que unido a la persecución de fines públicos y la igualdad de resultados, es la coincidencia de intereses otro de los elementos más distintivos en la configuración de la actividad de fomento.

Se trata de garantizar la satisfacción de unas necesidades que revisten interés público para la comunidad, a través de la colaboración voluntaria de los diversos agentes económicos.

Revisar el concepto de fomento y las diversas concepciones que giran en torno a él es, en esencia, lograr definir cómo debe establecerse la relación entre la dimensión pública y privada del hombre, es decir, cómo debe lograrse de la mejor forma posible mediante sus elementos característicos, la articulación de esa relación de colaboración y complementación entre lo público y lo privado, con la premisa de garantizar de forma adecuada la satisfacción de los intereses comunes, pues la actividad de fomento y sus medidas deben propiciar seguridad jurídica, en tanto que, en definitiva, son adoptadas en beneficio de los ciudadanos.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> MARTÍN MATEO, Ramón y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico...*, ob. cit., p. 173.

<sup>91</sup> DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, "Revisión de la noción española del fomento", ob. cit., p. 192.

<sup>92</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "Sobre el concepto de fomento", ob. cit., p. 44.

## VI. La cuestión de la denominación de la actividad de fomento

Las denominaciones que se le han dado a esta actividad varían indistintamente, lo cual constituye uno de los elementos que actualmente más se debaten en torno a su noción como fenómeno jurídico administrativo. Ello está dado por la necesidad de abandonar el originario término fomento, pues el mismo está permeado de una alta carga finalista.<sup>93</sup>

Entre los autores se distingue utilizando vocablos equivalentes como: actividad de fomento,<sup>94</sup> de estímulo,<sup>95</sup> actividad de prestación,<sup>96</sup> ayuda, auxilio o mejora,<sup>97</sup> premios o recompensas,<sup>98</sup> orientación,<sup>99</sup> entre otros.

Denominarla como actividad de estímulo sería otorgarle el contenido sociológico y económico que posee y, principalmente, se conseguiría diferenciar el aspecto jurídico de aplicación de un régimen especialmente favorecedor a ciertas actividades particulares, dándose determinados requisitos del aspecto técnico del estímulo a aplicar. Pero, evidentemente, el problema es más que terminológico, pues el llamado principio de intercambiabilidad de técnicas administrativas invalida el análisis dogmático de algo que puede utilizarse indistintamente.<sup>100</sup>

La denominación clásica de fomento, mediante la cual se ha identificado este tipo de actividad administrativa, se ha visto comprometida por fuertes críticas. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, por ejemplo, propone el abandono del término fomento por el de actividad dispensadora de ayudas y recompensas, porque no siempre se destaca el elemento teleológico, ya que en numerosas oportunidades el particular actúa pensando en su propia satisfacción, aunque contribuya así al interés general y por ello coincide el interés público con el

<sup>93</sup> DE LA RIVA, M. Ignacio, *Ayudas públicas...*, ob. cit., p. 118.

<sup>94</sup> En cuanto a la denominación de esta actividad como fomento, ver ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, "La actividad de fomento", ob. cit.; JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría...", ob. cit., p. 45.

<sup>95</sup> Acerca de su denominación como actividad de estímulo, ver BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 716; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, ob. cit., p. 121; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, "Revisión de la noción...", ob. cit., p. 29.

<sup>96</sup> Sobre su denominación como actividad de prestación, ver COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 326.

<sup>97</sup> Acerca de su denominación como ayuda, auxilio o mejora, ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, ob. cit., p. 168; RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 168; DE LA RIVA, M. Ignacio, *Ayudas públicas...*, ob. cit., p. 119.

<sup>98</sup> En cuanto a su denominación como premios o recompensas, ver IZU BELLOZO, Miguel José, "El régimen jurídico", ob. cit., p. 125.

<sup>99</sup> En relación con su denominación como actividad de orientación, ver WITKER, Jorge, "De la intervención a la participación del Estado", ob. cit., p. 64.

<sup>100</sup> DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, "Revisión de la noción...", ob. cit., p. 31.

privado. Este autor expone que es una actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados sujetos, privados o públicos, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o aún por realizar, quedando en este último caso afectados a su realización.<sup>101</sup>

Dicha denominación se asume partiendo de la vaguedad del término clásico de fomento, por lo que se sustituye este por una idea más expresiva y ajustada a la actividad de ayuda y recompensa de actividades o iniciativa privada. Se sostiene que este término es más plausible, pues permite hacer énfasis en aquellas herramientas jurídicas más características del fomento, cuya iniciativa sobre el mercado es más evidente. Esta postura parte precisamente de la definición de JORDANA DE POZAS, pues la misma encuadra un haz de intervención administrativa tan heterogéneo como la acción concertada o la construcción de ayudas públicas.<sup>102</sup>

Indiscutiblemente, las modalidades de fomento ayudan al particular para iniciar, mantener o ejecutar la actividad fomentada, satisfaciendo con ello, por un lado su interés particular, es decir, sus propios intereses; y por otro, ayudando al Estado a dar cumplimiento a la obtención del bien común.

Por ello, no es menos cierto que esta modalidad de actividad administrativa pudiera ser identificada como ayuda pública, pues de alguna forma en eso consiste, pero en cuanto al elemento teleológico, lo importante es que la actividad que desarrolle el particular derive en beneficio público, el fin o la intención de satisfacer necesidades públicas debe configurarse en la Administración, aunque dicha satisfacción sea de forma indirecta. Además, incluirla dentro de las ayudas públicas traería como consecuencia una confusión entre figuras afines dentro de la propia noción de fomento. Las ayudas son más amplias que lo que implica en sí mismo el fomento.

No consideramos correcto, tampoco, definirla como recompensa, pues estas, por su significado etimológico, se dan *a posteriori*, es decir, por una conducta ya realizada. Por lo que implican las recompensas, se identifican más con los medios honoríficos que con lo que encierra el fomento de forma global. La doctrina alemana,<sup>103</sup> por su parte, encuadra y denomina este tipo de actividad

<sup>101</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis, "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...", ob. cit., p. 756.

<sup>102</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 168.

<sup>103</sup> Véase FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 412 y 456; STOBER, Rolf, *Derecho administrativo económico*, ob. cit., pp. 203-2011; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 154 y 150.

también como actividad de prestación, incluyendo en ella a los servicios públicos, por considerar que el fomento no es más que una modalidad de prestación.<sup>104</sup>

Su denominación como actividad de prestación es una de las más recurrentes. Los fundamentos de esta posición se sostienen porque la misma tiene por objeto la garantía y mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, mediante la ayuda selectiva de determinados individuos, adicionándole a esta actividad la prestación, instauración de servicios y establecimientos públicos. Las subvenciones, por ejemplo, como una de sus modalidades, es defendida como actividad de prestación, pero, a su vez, como actividad de orientación, pues esta última persigue una amplia promoción y dirección de sectores completos de la vida social, económica y cultural mediante acciones como la ordenación del territorio, el apoyo a sectores económicos estructuralmente débiles o el fomento de iniciativas privadas.<sup>105</sup>

La esencia de esta actividad se encuentra, como se ha venido defendiendo con anterioridad, en el impulso de ciertas actividades, independientemente de que con ella, de forma indirecta, se logre una planificación, una orientación e incluso una prestación a los ciudadanos en cuanto a sus necesidades. De acuerdo con los elementos técnicos que desde el punto de vista jurídico administrativo la definen, no sería correcto incluirla dentro de las actividades de prestación.

Un criterio reciente es aquel que defiende este tipo de actividad administrativa bajo la denominación de premios. Se considera<sup>106</sup> de esta forma al fomento como aquella actividad de la Administración Pública dirigida a conceder premios a diversas personas e instituciones, siendo una acción estimulante ejercida desde el poder sobre el ánimo de los administrados para determinarles, sin usar la fuerza. Con los premios se trata precisamente de estimular a los particulares a realizar actividades que estiman de utilidad pública, distinguiendo aquellos que más o mejor se hayan empeñado en tales actividades, el premiado se eleva a la categoría de modelo ejemplar para los demás ciudadanos.

Es menester señalar que si se sigue estrictamente esta conceptualización, especialmente el hecho de que con el simple anuncio de ser merecedor de un premio por parte de la Administración Pública se eleva al ciudadano a la condición de digno de imitar en relación a los demás, se estaría defendiendo, aunque indirectamente, la idea de que por su naturaleza, toda medida de fomento lleva implícito un reconocimiento honorífico y ello traería, en consecuencia,

<sup>104</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo*, I, ob. cit., p. 327.

<sup>105</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 606.

<sup>106</sup> IZU BELLOZO, Miguel José. "El régimen...", ob. cit., pp. 130-133.

cuestionamientos sobre la tripartición clásica a la cual ha estado sometida las diversas modalidades de actividad de fomento.

Se niega<sup>107</sup> que los llamados premios formen parte de la actividad de fomento, la crítica en cuanto a esta denominación se fundamenta en que el premio no satisface de manera directa necesidad pública alguna. Con la actividad de fomento solo muy remotamente el particular se ve invitado a realizar alguna actividad a la vista de un futuro e hipotético premio. Este último, por su parte, se otorga mediante un acto eminentemente discrecional o gracioso, que ni siquiera obedece a méritos objetivos, sino a motivaciones de diversa índole.

Se sostiene<sup>108</sup> también que esta actividad pueda ser denominada como actividad de promoción. Dicha tesis se basa en que la promoción es diametralmente opuesta al fomento. La primera es más amplia, tiende a proteger, estimular, promover o auxiliar situaciones existentes o futuras referidas a las riquezas naturales, actividades individuales, con el fin de satisfacer necesidades generales en beneficio de la sociedad. Evidentemente, considero que en dicha conceptualización hay elementos que también se ofrecen para delinear conceptualmente el fomento. Lo que sí queda claro es que en este caso se apuesta mejor por la promoción que por el fomento.

La variedad<sup>109</sup> en cuanto a la denominación de esta actividad está dada porque en muchos casos se asume la combinación de medidas directas e indirectas, empleándose indistintamente cada una de ellas, lo cual provoca que sea difícil dar un valor identitario y específico a las mismas.

Si bien es cierto, como ya se dijo, que el término fomento es un tanto vago e impreciso, también hay que tener en cuenta que está estrechamente relacionado con circunstancias históricas y lo que en uno u otro contexto se puede considerar como necesidad pública, la forma de satisfacer la misma y las concepciones asumidas en la articulación de esta institución en un ordenamiento jurídico concreto.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>108</sup> ARMAGNAGUE, Juan F., "Fomento o promoción. Su interpretación constitucional", en *Estudios de Derecho Administrativo V*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (I.E.D.A.), Dike, Mendoza, Argentina, pp. 19 y 20.

<sup>109</sup> En el siglo XVIII, se solía llamar policía, este concepto fue evolucionando y las características especiales de esta actividad llegaron a no coincidir con el objeto del fomento. La literatura germánica la consideró del interior, por lo que muchos países llamaron a los órganos encargados de desarrollar este tipo de actividad, Ministerio del Interior. De esta denominación se plantea que por las características de la actividad propiamente dicha puede ser fuente de equívocos. De esta forma, el autor llegar a concluir que la mejor manera de identificar esta actividad es mediante el término fomento. Ver GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo...*, vol. II, ob. cit., pp. 14-17.

La generalidad de las instituciones del Derecho administrativo se enfrentan a esta problemática, pero en el caso de la actividad administrativa y todo lo que de ella se derive, ejemplo el fomento, se hace un tanto más intenso, debido a su estrecha relación con las diversas posturas y debates en cuanto a los fines del Estado.

## VII. Tipología de la actividad de fomento

Los medios o modalidades que cristalizan la actividad de fomento son aquellos estímulos concretos que mueven a los particulares a actuar en determinada dirección.

La doctrina<sup>110</sup> ha estado dividida en cuanto a la inclusión de algunas técnicas como modalidad de dicha actividad. Muchas son las razones que justifican y sustentan la gran parte de las críticas a los medios de fomento, especialmente los honoríficos y jurídicos, siendo los incentivos económicos y con ellos, la subvención la modalidad clásica de este tipo de actividad.

### VII.1. Medios honoríficos

Los medios honoríficos se manifiestan generalmente mediante el otorgamiento de honores e reconocimientos, dígame, condecoraciones, diplomas, premios, cuyo acto de concesión suele ser discrecional, generando el perfeccionamiento individual de quien alcanzó la distinción, sirviendo así de modelo para los restantes integrantes de la sociedad. Su esencia de basa en el reconocimiento público de una actividad loable o considerada útil para la sociedad. Se pretende, por tanto, estimular los aspectos psicológicos y de reconocimiento social a partir de actitudes o esfuerzos sobresalientes. Los medios honoríficos persiguen, por un lado, la distinción de los beneficiarios y, por otro, que la conducta de estos sea ejemplo al resto de los ciudadanos; en esencia, persigue provocar un espíritu de estimulación de dichas conductas.<sup>111</sup>

La importancia y efectividad de este tipo de modalidad de la actividad de fomento se encuentra directamente relacionada con las actitudes sociales y los valores imperantes y reconocidos como positivos en un momento histórico concreto.

Esta modalidad es referida por SANTAMARÍA PASTOR<sup>112</sup> como supuestos medios honoríficos, los cuales, independientemente de reconocer su importancia, son altamente discutibles. Los fundamentos esenciales de su crítica se basan en que estos son puros actos de reconocimiento público, cuya razón de ser radica en la conveniencia estatal de efectuar gestos o alardes de aprecio hacia valores

<sup>110</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho económico*, ob. cit., p. 245.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>112</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 349.

o modelos personales o culturales de acuerdo con la ideología dominante. Tienen lugar *a posteriori*, por lo que no son la causa primera de la conducta reconocida, poseyendo además un carácter normalmente abstracto, ya que se refieren a un complejo de acciones de muy diversa naturaleza, no a una actividad específica.

Teniendo en cuenta estos argumentos, los medios honoríficos<sup>113</sup> pudieran formar parte de la actividad de fomento como una de sus modalidades, desde una perspectiva o concepción amplia de la misma.

Una de las críticas más acentuadas a las cuales han sido sometidos<sup>114</sup> los medios honoríficos como modalidad de la acción de fomento es aquella que propugna el igualitarismo social, que pretende borrar las naturales desigualdades que existen entre las personas. Si se sostiene esta tesis, no se tiene en cuenta que el principio de igualdad no se altera cuando se trata de forma igual a los iguales, sino cuando un ordenamiento jurídico incide igualitariamente sobre quienes se encuentran entre sí en un plano de desigualdad. Además, dicha concepción no advierte la importancia que tienen los medios honoríficos para provocar una alta dosis de ejemplaridad en la sociedad respecto a las conductas fomentadas.

Evidentemente, en los tipos actuales de organización política y de acuerdo con la esencia de esta acción de fomento, no se advierte ningún impedimento para el más amplio uso de aquellas actividades que implican un estímulo al sentimiento del honor de los administrados. Los reparos en cuanto este particular se encuentran, según la doctrina, en aquellas medidas honoríficas que implican el reconocimiento de situaciones sociales incompatibles con el régimen político establecido, es así, por ejemplo, que en la forma de gobierno republicana no se admite la existencia de títulos nobiliarios.<sup>115</sup>

Puede ser que en las medidas honoríficas figure una parte de aportación económica, como por ejemplo, la parte metálica de un premio, pero el incentivo, en esencia, va dirigido especialmente al reconocimiento o prestigio de la persona.<sup>116</sup>

## VII.2. Medios jurídicos

Dentro de la clasificación de la actividad de fomento y como una de las formas de su manifestación, los medios jurídicos tuvieron su momento de mayor

<sup>113</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, II, ob. cit., pp. 344-345.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>115</sup> DÍAZ, Manuel María, *Manual de...*, II, ob. cit., p. 234.

<sup>116</sup> PEÑA SOLÍS, José, *La actividad de la Administración Pública...*, vol. III, ob. cit., p. 249.

intensidad o apogeo durante los siglos XVIII y XIX,<sup>117</sup> expresándose como el otorgamiento particularizado a determinadas personas o empresas específicas de situaciones jurídicas de carácter activo, siendo evidente su presencia en diversas esferas. Mediante este tipo de modalidad, se ofrece al beneficiario la posibilidad de ostentar u ocupar determinada posición jurídica de ventaja. Es considerada, en esencia, como un privilegio jurídico, cuya utilidad y conveniencia radica en que su utilización no implica gasto público alguno.<sup>118</sup>

Las modalidades jurídicas, aunque no bajo idénticas circunstancias, corren con la misma suerte que las anteriores. La clasificación como modalidad jurídica se plantea que es, en sí misma, errónea, pues en definitiva su finalidad o contenido material es económico, tratándose de técnicas de financiación indirecta.<sup>119</sup>

Las principales críticas<sup>120</sup> en cuanto a este tipo de incentivo se encuentran dirigidas a: la falta de precisión conceptual, obsolescencia, escaso interés jurídico y escasa utilidad práctica.

Su inclusión como técnica de fomento es un ajuste forzado, pues prácticamente ninguna de esas modalidades persiguen auténticos fines de incentivo de la iniciativa privada, esto visto desde la relación que debe existir entre la acción y la consecución del interés público.

Actualmente, muchos de los objetivos que en un principio fueron la plataforma inicial que dio auge a dichas modalidades, hoy son conseguidos con otras modalidades de actuación de la Administración Pública, que en algunos casos no implican necesariamente la materialización de la actividad de fomento.

### **VII.3. Medios económicos**

En el caso de los incentivos económicos, estos presentan una eficacia reconocida, pues resulta un cauce para orientar la actividad económica en la dirección que la Administración Pública considera deseable y beneficiosa para el interés público.

Mediante los mismos se orienta la acción del beneficiario hacia un fin preestablecido, pero, además se convierten en título habilitante, suficiente para la

<sup>117</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 359.

<sup>118</sup> PEÑA SOLÍS, José, *La actividad de la Administración Pública*, vol. III, ob. cit., p. 250.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> DÍAZ, Manuel María, *Manual de...*, II, ob. cit., pp. 145 y 146; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, ob. cit., p. 336; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., pp. 352 y 353.

intervención de la Administración, orientando y controlando la actuación de los particulares.<sup>121</sup>

Los incentivos económicos pueden manifestarse en especie, mediante la utilización de ciertos bienes de titularidad pública,<sup>122</sup> mediante ventajas para el beneficiario, que derivan en privación de ingresos a manos de la Administración<sup>123</sup> o simplemente se concretan con un gasto efectivo de dinero público a favor de los particulares.<sup>124</sup>

Se habla incluso de ayudas *in natura* como, por ejemplo, la distribución de semillas selectas a los agricultores o de sementales de determinada raza, entre otras. Ayudas económicas indirectas, consistentes en la asunción directa por parte de la Administración Pública de la realización de actividades que suponen promoción o incentivo para actividades privadas sin coste alguno para estas. Ejemplo, la asunción de campañas publicitarias, la organización de ferias, entre otras.<sup>125</sup>

### a) La subvención como modalidad clásica del fomento

Dentro de los medios económicos, la modalidad más defendida y que indiscutiblemente caracteriza la actividad de promoción o fomento son las subvenciones. Indiscutiblemente, de la clasificación en medios honoríficos, jurídicos y económicos, son estos últimos, y dentro de ellos, las subvenciones, el núcleo fundamental de la actividad de fomento. Casi puede afirmarse que no solo son las más importantes, sino que representan la verdadera y única categoría de las técnicas de fomento.

Las subvenciones fueron entendidas en su forma clásica<sup>126</sup> como una asignación patrimonial, cuyo concedente era el Estado, en función de fines públicos. Este concepto se enriquece modernamente en el sentido de que se agrega a los elementos anteriores, la preocupación pública de que los intereses de la persona estimulada o del sujeto destinatario de ella sean coincidentes con los perseguidos por la Administración.

Se ha definido,<sup>127</sup> por tanto, esta modalidad de fomento como una atribución patrimonial a fondo perdido de una Administración Pública en favor de un

<sup>121</sup> PARADA, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, ob. cit., p. 319.

<sup>122</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 793.

<sup>123</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, II, ob. cit., p. 353.

<sup>124</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, ob. cit., p. 367.

<sup>125</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho económico*, ob. cit., p. 246.

<sup>126</sup> MARTÍN MATEO, Ramón y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico...*, ob. cit., p. 176.

<sup>127</sup> Sobre este último elemento, se excluyen los premios y primas cuya cuantificación se hace *a posteriori* de una determinada actividad o conducta, pero sin entablarse una relación jurídica previa entre otorgante y aspirante. Ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios...*, ob. cit., p. 349.

particular, afectando inicialmente la prestación al desarrollo de una actividad del subvencionado. Evidentemente, de dicha conceptualización se pueden discernir tres elementos cardinales. Las subvenciones son, en primera instancia, una atribución patrimonial a fondo perdido, de parte de una Administración Pública como sujeto activo otorgante, en favor de un particular, siendo además una afectación fiscal de la asignación patrimonial condicionada al desarrollo de una actividad del beneficiario.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN,<sup>128</sup> a tenor de la concepción anterior, considera que las subvenciones, ante todo, son ayudas públicas consistentes en una aportación dineraria con cargo a fondos públicos, realizada a favor de personas públicas o privadas, sin contraprestación directa por quien la recibe y para fines de interés público.

Aun así, no toda ayuda prestada por la Administración a un particular, ni siquiera toda ayuda económica, es una medida de fomento; lo propio de ellas es la finalidad de estimular actividades o comportamientos de quien la recibe.

Su conceptualización como técnica administrativa parte además de tener en cuenta la visión de la actividad de fomento desde su concepción amplia y restringida.

La concepción amplia<sup>129</sup> asume que cualquier beneficio económico que produzca efectos de promoción y dirección de la economía y la actividad privada puede considerarse subvención, mientras que la concepción restringida<sup>130</sup> postula que las subvenciones son una atribución patrimonial dineraria o en especie, a fondo perdido, afectada a la realización de la finalidad específica de interés general para la cual se concede.

De la definición de subvenciones desde un punto de vista restringido, a la cual nos afiliamos, destaca: en primer término, concebir la subvención como una atribución patrimonial, lo cual supone un desplazamiento patrimonial, sea dinerario, sea *in natura*, desde la Administración del Estado al particular beneficiario, manifestándose en un enriquecimiento del patrimonio del beneficiario y en una merma en las arcas fiscales.<sup>131</sup> En segundo lugar, que

<sup>128</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 320.

<sup>129</sup> DÍAZ LEMA, J., *Las subvenciones como técnica propia de la actividad de fomento*, texto completo disponible en <http://www.economia48.com/spa/d/subvencion/subvencion.htm>, consultado el 14 de marzo de 2017. DE LA RIVA se acoge de igual forma a la concepción amplia, pues incluye dentro de las ventajas económicas tanto a los subsidios como las subvenciones, además de los premios en metálico. Ver DE LA RIVA, M. Ignacio, *Ayudas públicas...*, ob. cit., p. 111.

<sup>130</sup> GARCÍA LUENGO, Javier, *El reintegro de las subvenciones*, Arazandi, Navarra, 2010, pp. 41-46.

<sup>131</sup> RAMALLO MASSANET, Juan, "El poder de gasto del Estado: subvenciones y orden competencial", en *Documentación Administrativa*. No. 232-233, Instituto Nacional de Administración Pública, octubre 1992 - marzo 1993, pp. 408 y 409.

la subvención sea a fondo perdido implica que reviste un carácter gratuito, que no hace nacer para el beneficiario la obligación de devolver lo percibido ni de efectuar por el mismo determinadas contraprestaciones, salvo cumplir con los requisitos asociados a la percepción de la subvención. Por último, el carácter afectado de la subvención supone que el beneficiario debe dar cumplimiento a la finalidad para la cual se confiere la subvención, es decir, se deben cumplir determinados resultados buscados por el órgano concedente, lo cual constituye una carga jurídica asociada a la subvención.<sup>132</sup>

Dicha modalidad de la actividad de fomento se desarrolla con el objetivo de motivar actividades privadas que satisfacen intereses colectivos, generales, materializándose siempre en dinero. Se pueden devengar de forma periódica, dependiendo de la finalidad y el objeto de la actividad, siendo la propia actividad incentivada la destinataria final de la ayuda.<sup>133</sup>

Producto de lo controversial que se hace todo debate referente a las subvenciones, así como su reiterada utilización por las Administraciones modernas, lo lógico sería analizar el contexto de la actividad en la cual se confiere o se inserta estas modalidades de actividad administrativa, a fin de determinar los elementos que configuran la misma y que sea realmente un instrumento que propicie beneficio colectivo.

Por ello, la determinación de sus características esenciales depende de la regulación que se haga de las mismas dentro de un ordenamiento jurídico concreto y la asunción además de una concepción amplia o restringida de esta y por consiguiente de la actividad de fomento, como raíz y base sustancial de este accionar administrativo.

<sup>132</sup> PEÑA SOLÍS, José, *La actividad de la Administración Pública...*, ob. cit., p. 269.

<sup>133</sup> NAHUEL, Alejandro, "La igualdad y el acceso al fomento...", ob. cit., p. 485.

# Breve caracterización jurídico-administrativa de la actividad de transporte urbano de pasajeros: una aproximación a la realidad cubana actual

JULIO JOSÉ RIVERA GORT\*

## I. Introducción

Desde la antigüedad, entre las cuestiones de primer orden que la humanidad ha debido solventar en la búsqueda de la civilización se encuentran las necesidades de desplazamiento y comunicación. En su evolución han sido factores determinantes el paso del tiempo, el ingenio creativo del hombre y los vertiginosos avances de la ciencia y la tecnología, los cuales han dado al traste con el diseño y construcción de potentes y eficientes medios de transporte, ya sean estos marítimos, aéreos o terrestres.

A partir de entonces, el transporte como actividad ha despertado una inusitada importancia en la esfera política, económica, social y jurídica de las comunidades humanas organizadas. Las redes de transporte, dígame caminos, rieles, carreteras, hasta llegar a las autopistas actuales, han servido de infraestructura para la configuración histórica de los Estados modernos, contribuyendo al desarrollo, a la unidad política y a la cohesión social de los pueblos. Para la economía ha representado una actividad estratégica integrantedel sector terciario, que ha dotado a sus procesos de eficiencia y competitividad en los contextos globalizados actuales, a la vez que ha sido determinante en la articulación del comercio internacional, el mercado y la economía mundiales. En lo social, el transporte ha coadyuvado a la satisfacción de las necesidades de movilidad de los individuos y a su bienestar en colectividad, así como ha constituido una fuente generadora de empleo que proporciona el sustento a numerosas familias.

La noción del transporte como *sistema*, sitúa con justicia su papel en el entramado económico, político y social de la contemporaneidad, a la vez que le

\* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana). Consultor Jurídico de la Empresa Provincial de Servicios Legales de Pinar del Río. Profesor Asistente (a tiempo parcial) del Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río

reserva un universo propio de realización, que se integra por tres elementos fundamentales: *las infraestructuras, los vehículos y los servicios de transporte*.<sup>1</sup> En este esquema, cada elemento funciona como un nuevo subsistema que interviene en los distintos modos (aéreo, marítimo o terrestre) y en el sistema general de transportes. Esta noción, en función del modelo económico asumido, revaloriza la necesidad de coordinación y coherencia entre los subsistemas y confiere a la planificación de políticas y objetivos nacionales un rol protagónico en el diseño de los servicios.

Sin embargo, para emprender el estudio del servicio de transporte urbano, es preciso reconocer el lugar histórico que le corresponde a los vehículos y a las infraestructuras en el proceso evolutivo de la actividad general de transporte. Ambos elementos, aupados por los avances de la ciencia y la tecnología, han marcado el ritmo del progreso en el sector y han determinado la preferencia epocal por las modalidades de gestión de los servicios. El desarrollo tecnológico de los vehículos trajo consigo el perfeccionamiento de las infraestructuras y, a su vez, el mejoramiento de las vías posibilitó el despegue de la inventiva humana en la construcción de nuevos medios de locomoción.<sup>2</sup>

Los servicios en el transporte terrestre poseen una notable trascendencia para el Derecho.<sup>3</sup> Por una parte, en tanto actividad prestacional ejercida por un empresario dedicado a la locomoción de bienes y personas, constituye una actividad mercantil profesionalizada,<sup>4</sup> que se materializa a través de una convención de Derecho privado, a excepción de los casos donde se configuran los caracteres y principios del servicio público. La misma se rige por normas civiles<sup>5</sup>

<sup>1</sup> RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 203-207.

<sup>2</sup> Un estudio detallado la evolución del automóvil, de las infraestructuras y su relación con los avances científico-técnicos se encuentra en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Régimen jurídico del transporte de mercancías y viajeros por carretera", en S. Muñoz Machado, *Derecho de la regulación económica*, t. VI – *Transportes*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2011, pp. 14-31.

<sup>3</sup> Para unos conforman la novel rama del Derecho de la circulación y del transporte, v.gr., STÖBER, R., *Derecho administrativo económico*, traducido por Santiago González-Varas Ibáñez, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pp. 339-341; GRUNAUER DE FALÚ, M. C., *Manual de Derecho del transporte terrestre*, Ediciones del Rectorado, de la Universidad Nacional de Tucumán, año 2010, p. 7, disponible en <http://www.monografias.com/trabajos107/manual-derecho-del-transporte-terrestre-maria-cristina-grunauer-falu/manual-derecho-del-transporte-terrestre-maria-cristina-grunauer-falu.shtml#brevesnoca>. Otros se oponen, v.gr. BERMEJO VERA, J. (dir.), *El Derecho de los transportes terrestres*, CEDECS Editorial S.L., Barcelona, 1999, p. 27 y ss.

<sup>4</sup> Entre nosotros, con una óptica civilista, JORGE MÉNDEZ, L. A., "Contrato de transporte", en Nancy de la C. Ojeda Rodríguez (coord.), *Derecho de contratos*, t. II – *Contratos en especie y responsabilidad contractual*. Parte 2, Félix Varela, La Habana, 2016, pp. 85-109.

<sup>5</sup> Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, "Código Civil cubano", publicado en *Gaceta Oficial*, Extraordinaria, No. 9, de 15 de octubre de 1987, en sus artículos 429-434, relativos al transporte

y mercantiles,<sup>6</sup> destinadas a ordenar internamente la relación jurídica entre el transportista y los usuarios.<sup>7</sup>

Por otra parte, el marcado interés general que alcanza la actividad, unido a la existencia de internalidades y externalidades típicas que se derivan de ella, constituyen resortes que activan la protección pública que el Estado le ofrece a través del Derecho. Ello provoca la ausencia de un régimen homogéneo para el sector, pues, en cuanto a los contenidos básicos de la relación jurídica entre el transportista y el usuario, rigen, como ya se dijo, normas privadas, a las que se suman normas de Derecho público, que se encargan de velar por la compatibilidad entre los intereses de los operadores de los servicios y el interés general, así como de garantizar los derechos de los usuarios.<sup>8</sup>

Actualmente, la intervención administrativa en el sector del transporte se manifiesta de diferentes formas, dependiendo de los caracteres del modelo económico constitucional<sup>9</sup> asumido y de la configuración de los regímenes sectoriales vigentes. Una arista de esta intervención apunta a su regulación como un sector estratégico, compuesto por numerosas actividades, entre las que figura, con singular tutela, el transporte urbano.

En el presente trabajo se realiza una sucinta caracterización jurídico-administrativa del transporte urbano de pasajeros, en pos de hallar los resortes necesarios para calificar su naturaleza jurídica, la cual servirá de punto de partida para la configuración de su régimen jurídico y aportará notas esenciales para comprender la regulación de esta actividad en el contexto cubano actual.

---

de pasajeros, y 435-437 para el transporte de carga, los cuales poseen carácter supletorio a la legislación específica de la materia.

<sup>6</sup> Arts. 349-379 del Título VII, "Contratos Mercantiles de Transporte", del Libro Segundo del Código de Comercio español de 1886, contenido en el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, extensivo a Cuba en 1888, donde se reconoce el carácter mercantil de la actividad y, además, se acepta en el art. 377, al hacerse referencia a la responsabilidad del porteador, el sometimiento del mismo a "[...] las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos de la Administración Pública [...]", advirtiéndose, desde entonces, la facultad de la Administración para intervenir y regular dicho sector. Estos preceptos fueron derogados por la Disposición Final Segunda del Decreto-Ley No. 304, "De la Contratación Económica", pasando a ocupar su lugar los arts. 116-149 del Decreto No. 310, "De los tipos de contratos", ambos publicados en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 62, de 27 de diciembre de 2012.

<sup>7</sup> CASADO IGLESIAS, E., "La intervención administrativa en el transporte", en *Estudios de Derecho Administrativo*, t. II, Gráficas Cervantes S.A., Madrid, 1984, pp. 35 y 36.

<sup>8</sup> PAREJO ALFONSO, L. y otros, *Lecciones de Derecho administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 2ª ed. revisada y actualizada, tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 18.

<sup>9</sup> BIDART CAMPOS, G., *La Constitución económica*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2003; GARCÍA PELAYO, M., "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución", en *Obras Completas*, t. III, CEC, Madrid, 1991.

## II. El transporte urbano de pasajeros como actividad jurídico-administrativa

El transporte urbano de pasajeros constituye una clase dentro de la modalidad de transporte por carretera, que se integra al modo de transporte terrestre.<sup>10</sup>

Su origen lo sitúa Kurt LEIBBRAND en las primeras urbes antiguas como Roma, Alejandría y Constantinopla, las cuales poseían una naturaleza compacta y donde los desplazamientos humanos se cubrían a pie.<sup>11</sup> Ya en el siglo XX el auge del sector terciario de las economías modernas y la evolución de los medios de transporte provocaron el crecimiento de las ciudades, dando lugar al surgimiento de las sub-urbes y a la aparición de las “*migraciones alternantes*”,<sup>12</sup> lo cual tuvo su expresión en la creación de los transportes de masas, a través de tranvías, trolebuses, ferrocarril urbano y autobuses. Finalmente, con el auge del automóvil privado tuvo lugar una rápida expansión de los núcleos urbanos, que trajo como consecuencia la aparición de importantes problemas de congestión y contaminación, a la par de otras externalidades que dan causa a la intervención pública en estos transportes.

La doctrina española actual, utilizando un criterio amplio, ha definido al transporte urbano como “[...] aquel que discurre íntegramente dentro de un mismo término municipal”,<sup>13</sup> en tanto aquel constituye el ámbito territorial que delimita el alcance de las competencias del ente local. Sin embargo, dicha definición ha sido el resultado de la evolución de posiciones anteriores más restrictivas que laceraban la autonomía municipal. De aquellas, se derivaba un concepto de transporte urbano que cercenaba las competencias municipales, al circunscribir el mismo, en los primeros momentos, al “casco urbano de las

<sup>10</sup> Los *modos* generales del transporte son: aéreo, marítimo (incluye el fluvial y lacustre) y terrestre. Este último, a su vez, se subdivide en las *modalidades* de ferrocarril o carretera. Dentro del que se realiza por carretera existen dos clases fundamentales: el transporte de mercancías y el transporte de pasajeros, cada uno posee varias subclasificaciones atendiendo al medio de transporte (camión, ómnibus-colectivo, automóvil, motocicleta...), al lugar por donde se realiza el tráfico (predios municipales, provinciales o nacionales) y otros parámetros que hacen amplia la lista. Interesa al presente estudio el transporte terrestre, por carretera, de pasajeros, cuando el mismo se realiza dentro de un núcleo urbano. CANO CAMPOS, T., “La regulación del transporte público urbano”, en S. Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica*, t. VI – *Transportes*, 1ª ed., Lustel, Madrid, 2011, p. 309 y ss.

<sup>11</sup> HAB Y DUBOIS, E. A., *El transporte colectivo de viajeros urbano y metropolitano. II Simposio de experiencias y proyectos*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1973, p. 71.

<sup>12</sup> BALLESTER ROS, I., “El transporte colectivo urbano de viajeros”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 158, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1968, p. 264.

<sup>13</sup> PIÑANES LEAL, J., *Régimen jurídico del transporte por carretera*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1993, pp. 289 y 290; CARBONELL PORRAS, E., “Los transportes terrestres”, en T. Cano Campos, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, t. VIII – *Los sectores regulados*, vol. I, Lustel, Madrid, 2009, p. 16.

poblaciones”<sup>14</sup> y, posteriormente, al “suelo urbano o urbanizable”,<sup>15</sup> de acuerdo con la ordenación urbanística, excluyéndose otros transportes que se realizaban íntegramente sobre los predios municipales y que revestían interés local.

En este estudio se acoge la definición amplia antes expuesta, por considerarse la más completa y respetuosa de las competencias locales para ordenar, gestionar, inspeccionar y controlar los transportes urbanos, pues al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA:

“Si hay un servicio que surge única y exclusivamente de las condiciones de la vida urbana y que trate de atender precisamente las necesidades que este orden de vida colectiva manifiesta, es el de los transportes urbanos. Por lo que [...] debe estar atribuido a la entidad administrativa organizada [...] para las exigencias peculiares de ese modo de vida colectivo [...], el municipio”.<sup>16</sup>

Con similar óptica territorial son definidos por la doctrina y la legislación los transportes interurbanos y metropolitanos.<sup>17</sup> Los primeros son aquellos que transcurren por el territorio de más de un municipio, y los segundos son los que, sin reducirse a los límites de un solo término municipal, se realizan dentro de una gran aglomeración urbana, con altas vinculaciones económicas y sociales entre los municipios afectados, que mantienen sus aspectos de unicidad. En el último caso, dadas las mayores dimensiones e interrelaciones económicas y sociales del *área metropolitana*,<sup>18</sup> se requieren fórmulas de coordinación e integración para lograr la satisfacción de la demanda y la correcta prestación del servicio.

El transporte urbano puede clasificarse de acuerdo con diferentes parámetros, los cuales atribuyen ciertos caracteres que influyen en la calificación de la actividad como privada o pública y determinan el régimen jurídico aplicable a la misma. Según su naturaleza, el transporte urbano puede ser público o privado.<sup>19</sup> La vinculación del tema en cuestión con el interés general hace que solo interesen los transportes públicos, considerados como aquellos que son

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El servicio público de los transportes urbanos”, *Revista de Administración Pública*, No. 10, enero-abril, 1953, Instituto de Estudios Políticos, p. 61, define, matemáticamente, sobre la base de la reglamentación de turno, al casco urbano como el conjunto de la población agrupada sin que existan en su edificación soluciones de continuidad que excedan de 500 metros.

<sup>15</sup> CARBONELL PORRAS, E., “Los transportes terrestres”, ob. cit., pp. 38 y 39.

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El servicio público...”, ob. cit., p. 83.

<sup>17</sup> CANO CAMPOS, T., “La regulación del transporte...”, ob. cit., pp. 311-313.

<sup>18</sup> Remitimos a la definición de área metropolitana de SANTILLANA, A., *El mercado del suelo y la expansión urbana: la intervención del sector público y el problema de la valoración del suelo*, Madrid, 1971.

<sup>19</sup> CARBONELL PORRAS, E., *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 67 y RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., *Derecho público del transporte...*, ob. cit., pp. 407 y 408.

“realizados por cuenta ajena (desarrollado por un empresario transportista) mediando remuneración económica”.<sup>20</sup>

En España y la mayoría de países de la Comunidad Europea, el calificativo “público” del transporte guarda relación directa con la idea de ajenidad y profesionalidad en el servicio que se presta “al público” y con la remuneración del mismo. Sobre esta base puede afirmarse que en los contextos liberalizados no existe correspondencia entre la noción jurídico-administrativa de servicio público y la clasificación pública del transporte, pudiendo ser su uso indistinto una consecuencia del tradicional *confusionismo* legislativo de la categoría de servicio público.<sup>21</sup> De lo anterior se colige que no resulta lo mismo un “servicio de transporte público” que un “servicio público de transporte”, pues en el último caso se estaría atendiendo a la naturaleza jurídico-pública de la actividad, con las consecuencias legales que ello acarrea; mientras en el primero, se aludiría meramente a criterios de ajenidad y remuneración del servicio, que en nada afectan la calificación de la actividad como pública o privada.<sup>22</sup>

Una situación distinta se aprecia, *v.gr.*, en la legislación ecuatoriana, donde coincide la nota pública del transporte con la *publicatio* del servicio, por solo mostrar el extremo opuesto. Allí los transportes públicos son titularidad del Estado, quien se reserva la responsabilidad en su prestación directa o indirecta mediante contrato de operación.<sup>23</sup>

Con independencia de que el transporte público urbano pueda configurarse como una actividad publicada o privada, este posee una gran relevancia para el interés general y, en consecuencia, es objeto de una diversa ordenación y regulación administrativa.

De acuerdo con su objeto, el transporte urbano se puede clasificar en: transporte de viajeros (incluye la transportación de personas y sus equipajes), de mercancías o mixtos.<sup>24</sup> Vital resulta para el presente estudio el transporte de pasajeros, sobre el cual se articularán los análisis subsiguientes.

<sup>20</sup> Art. 62.2 de la Ley No. 16 de 30 julio de 1987 de Ordenación de Transportes Terrestres española, publicada en *BOE* del 31 julio de 1987, No. 182. p. 23451; art. 75 de la Ley No. 165 de 16 de agosto de 2011, del Estado Plurinacional de Bolivia; arts. 51 y 52 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de Ecuador, publicada en *Registro Oficial Suplemento* No. 398, de 7 de agosto de 2008, en concordancia con el Decreto Ejecutivo No. 1196, publicado en *Registro Oficial Suplemento* No. 731, de 25 de junio de 2012.

<sup>21</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, E., “La naturaleza institucional de los servicios de transporte mecánico por carretera en el ordenamiento jurídico vigente”, *Revista de Administración Pública*, No. 55, enero-abril 1968, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 357, 360 y 363.

<sup>22</sup> RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., *Derecho público del transporte...*, ob. cit., p. 443.

<sup>23</sup> Arts. 51 y 52 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República del Ecuador, publicada en *Registro Oficial Suplemento* No. 398, de 7 de agosto de 2008.

<sup>24</sup> RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., *Derecho público del transporte...*, ob. cit., p. 409.

En función de su regularidad, los transportes de viajeros o mercancías pueden ser regulares o discrecionales.<sup>25</sup> Los regulares se efectúan dentro de itinerarios preestablecidos, con sujeción a calendarios y horarios prefijados. Los discrecionales se llevan a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido, como en los casos típicos del servicio taxi y los transportes de mercancías en el contexto europeo.

En atención a los usuarios, pueden ser de uso general o de uso especial.<sup>26</sup> Los de uso general están dirigidos a satisfacer una demanda general y pueden ser utilizados por cualquiera; mientras son de uso especial aquellos que solo sirven a una categoría determinada de usuarios, *v.gr.*, escolares, trabajadores, militares u otros grupos homogéneos.

De acuerdo con la especificidad de su objeto, pueden ser ordinarios o especiales.<sup>27</sup> Su especialidad radica en la peligrosidad, urgencia e incompatibilidad con otro tipo de transportes o su repercusión social. Entre ellos figuran los transportes de mercancías peligrosas o perecederas, el servicio de ambulancias y los servicios funerarios.

Dentro de este universo conformador del transporte urbano interesa, en particular, el transporte público de viajeros, que posee una importancia cardinal para las sociedades modernas, pues constituye una pieza central del funcionamiento cotidiano de las ciudades, de modo que su adecuada regulación y prestación influye decisivamente en la libertad de circulación de los individuos<sup>28</sup> y en el goce efectivo de numerosos servicios de todo tipo. Ello ha provocado la facturación relativamente reciente del término “movilidad urbana”,<sup>29</sup> con el cual son designadas de manera común las problemáticas que presentan, tanto la ordenación y regulación de la actividad transporte por carretera, como el tráfico o circulación vial<sup>30</sup> en los predios urbanos, con vistas a satisfacer las necesidades de desplazamiento y libre circulación de los ciudadanos.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 410-413.

<sup>26</sup> CARBONELL PORRAS, E., “Los transportes terrestres”, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Constituciones foráneas reconocen la libertad de circulación como un derecho individual, responsabilizando al Estado con la prestación de servicios de calidad, su regulación y control efectivo. *Vid.* art. 19 de la Constitución Española de 1978, art. 19 de la Constitución Argentina; arts. 10, 14, 24 y 100 de la Constitución de Colombia.

<sup>29</sup> *Libro Verde: Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana*, aprobado por la Comisión Europea el 25 de septiembre de 2007, disponible en: <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/B7E9FB45-981D-41E9-8034-1DE296742E3F/111716/CulturaMovilidadUrbana2007.pdf>, consultado 16 de octubre de 2017.

<sup>30</sup> El tráfico tiene por objeto “las actividades públicas relativas a la ordenación del desplazamiento por las vías públicas de vehículos, peatones y animales, además de otras conexas que tienden a garantizar de forma directa o indirecta la seguridad vial”. *Vid.* CANO CAMPOS, T., “La regulación del transporte...”, *ob. cit.*, p. 310.

Para su solución han sido utilizadas fórmulas individuales basadas en el uso del automóvil privado, el taxi, la moto y la bicicleta, a los cuales se les atribuye, con excepción de la última, la maximización de externalidades perjudiciales para la vida ciudadana como la contaminación ambiental, la congestión arterial del casco urbano y los accidentes de tránsito.<sup>31</sup> El progreso del sector ha decantado la fórmula hacia los transportes colectivos urbanos,<sup>32</sup> que históricamente han tenido un papel protagónico para garantizar la movilidad de las clases más humildes mediante diversos medios, entre ellos: el ferrocarril urbano, los tranvías, los trolebuses y los autobuses.<sup>33</sup> Actualmente existen experiencias novedosas que parten de la colectividad para conformar sistemas integrados de transporte masivo de pasajeros, amigables con el ambiente, que garantizan la seguridad, rapidez, comodidad, asequibilidad e información de los usuarios.<sup>34</sup>

Todo lo antes expuesto conecta el estudio del transporte urbano de pasajeros con el interés general y con la necesidad de intervención estatal para garantizar la articulación de mecanismos legales e institucionales que permitan ordenar, regular, planificar, organizar, ejecutar y controlar los servicios de transportes que son prestados en los núcleos urbanos. Para ello deberá observarse con atención las características propias de este subsistema, a los fines que pretendan lograrse, a las condiciones políticas y económicas del contexto y a las herramientas que desde el Derecho se arbitren a tal fin.

### **III. La intervención del Estado en el transporte urbano de pasajeros**

El transporte por carreteras –dentro de este, el urbano de viajeros– ha sido uno de los sectores más intervenidos por el Estado en aras de salvaguardar los intereses generales y la seguridad pública. Variadas han sido las técnicas administrativas utilizadas y diversas las influencias recibidas por el avance científico-técnico y las condiciones socioeconómicas de cada contexto. Un análisis ordenado sobre la intervención estatal en aquel, implica construir

<sup>31</sup> SÁNCHEZ BLANCO, A., “El tráfico automovilístico, portuario, aéreo y ferroviario. Su incidencia sobre el medio ambiente urbano”, *Revista de Administración Pública*, No. 82, enero-abril 1977, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 328-331.

<sup>32</sup> PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO, R., “O serviço de transporte público: perspectivas ante o modelo de parcerías público-privadas”, en R. F. Bacellar Filho y L. A. Blanchet (coords.), *Serviços Públicos. Estudos Dirigidos*, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pp. 179 y 180.

<sup>33</sup> BALLESTER ROS, I., “El servicio público de transporte colectivo de viajeros”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 140, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1965, pp. 223-232; y del mismo autor, “El transporte colectivo urbano”, ob. cit., pp. 264-280.

<sup>34</sup> ALCÁNTARA DE VASCONCELOS, E. (coord.), *Desarrollo urbano y movilidad en América Latina*, Corporación Andina de Fomento, 2011, analiza los sistemas integrados de transporte masivo en varias ciudades latinoamericanas.

una periodización histórica de los títulos de intervención pública que han existido en el sector.

La primera etapa está comprendida a partir del siglo XIX, fecha en que des-  
punta este sector, hasta mediados del siglo XX. En ella primó el criterio del  
dominio público, como técnica que favorecía la introducción de potestades  
administrativas sobre las actividades privadas que requerían para su realización  
del uso de tales bienes.<sup>35</sup> Ello permitió que la intervención alcanzase tanto a  
las infraestructuras consideradas bienes públicos,<sup>36</sup> como a las actividades de  
transportación que sobre ellas se realizaban. En este sentido, son lúcidas las  
palabras de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, quien al referirse a esta época señaló:

“el dominio público es el motor inicial del proceso de construcción dogmá-  
tica del Derecho Administrativo, el primero de los títulos habilitantes al que  
la Administración acude en la primera época (siglo XIX) para justificar sus  
intervenciones en la dinámica social o la publicatio de nuevas actividades”.<sup>37</sup>

En el transporte terrestre de este periodo, conformado mayormente por  
carruajes, diligencias y el ferrocarril, el criterio demanial fue la forma inicial  
de intervención administrativa, que reflejó la titularidad pública de la vía, de  
la cual se derivaba la competencia de ordenar los transportes sobre ella  
realizados. La utilización del dominio como instrumento de intervención y  
como criterio de delimitación competencial, posibilitó que, a la postre, tanto  
las carreteras como la actividad de transporte quedaran sujetas a un mismo  
título de intervención administrativa, lo que llevó a reconocidos autores de la  
época a subsumir el estudio de esta actividad dentro del régimen de utilización  
de los bienes públicos,<sup>38</sup> a la vez que generaba importantes problemas de  
coordinación y de atribución de competencias regulatorias en las diferentes  
administraciones.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> VALLINA VELARDE, J. L., *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, p. 20; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El servicio público del gas”, en su obra *Problemas actuales del régimen local*, 2ª ed., Instituto García Oviedo, Sevilla, 1986, pp. 56-58.

<sup>36</sup> VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, pp. 145-155. El autor justifica la intervención sobre la infraestructura, *a priori*, en la idea de garantía de la paz pública. Posteriormente, en el siglo XVII, la intervención en los caminos se justificó en el “*cura viarium*”, y a partir del siglo XIX, la razón versó alrededor del financiamiento por el Estado de la construcción y conservación de los caminos públicos.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ, T. R., “Las obras públicas”, *Revista de Administración Pública*, No. 100-102, vol. III, enero-diciembre 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 2430.

<sup>38</sup> BONNARD, R., *Precis de Droit Administratif*, 4ª ed., París, 1943, p. 665 y ss.; LAUBADÉRE, A., *Manual de Droit Administratif*, 3ª ed., París, 1951, p. 309 y ss.

<sup>39</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1970, p. 32.

Sin embargo, las disposiciones emanadas bajo este título eran regulaciones policiales externas, relativas a la preservación de la seguridad vial y al tránsito por los caminos y carreteras, y no existían regulaciones económicas para el ejercicio de las actividades de transporte. Con ello se configuraba un régimen de libre acceso y explotación de la actividad que, lógicamente, era extensivo a los transportes urbanos de pasajeros.

La segunda etapa se inicia con la expansión de los fines y funciones del Estado, resultado de la evolución del Estado liberal hacia el Estado social de Derecho, donde se transforma el papel de los poderes públicos desde una posición garantista a una acción prestacional. En este proceso de transformación desempeña un papel clave la reelaboración dogmática de técnicas y categorías administrativas de cara al cumplimiento de los nuevos fines, entre los que figura el aumento de la intervención administrativa en la economía.<sup>40</sup>

En este contexto, matizado por el fin de la Primera Guerra Mundial, el avance científico-técnico del sector y el auge de la noción del servicio público como fundamento del Derecho público, comienza a operar la conversión del título administrativo legitimador en materia de transportes por carretera, pasando del clásico criterio demanial al servicio público. De esta forma, la carretera deja ser el título justificador de la intervención administrativa, separándose y diferenciándose, cada vez con más nitidez, la normativa aplicable a la infraestructura de la regulación económica de la actividad de transporte. A partir de aquí

“la facultad ordenadora en la materia comenzó a fundarse en el poder de policía general y en las facultades superiores del poder público de ordenar al bien común la actividad social de los administrados”.<sup>41</sup>

El resultado principal fue la ordenación y configuración de la actividad, siguiendo los rasgos y principios del servicio público, con marcada intencionalidad en los servicios que poseían una naturaleza regular (itinerarios, horarios y calendarios predeterminados), los cuales fueron reservados mediante la *publicatio* a la Administración Pública, pudiendo ser explotados directamente o de manera indirecta a través de la técnica concesional. El resto de las clases de transporte (discrecionales) que no reunían estos caracteres eran considerados actividades privadas y se les exigía como título para su ejercicio una autorización administrativa. De esta forma se ponía fin a la etapa en que reinó la libre explotación de la actividad, configurándose un escenario propicio para la limitación del acceso a

<sup>40</sup> GARCÍA TREVIJANO, J. A., “Aspectos de la Administración económica”, *Revista de Administración Pública*, No. 12, septiembre-diciembre de 1953, Instituto de Estudios Políticos, p. 11 y ss.

<sup>41</sup> Dictamen del Consejo de Estado de 7 de julio de 1948, sobre la pretensión de la Diputación Foral de Navarra de regular los transportes por carretera, en GARCÍA MARTÍNEZ, E., “La naturaleza institucional...”, ob. cit., p. 376.

aquella, mediante la exigencia previa de títulos habilitantes, que se configuraban en función de su naturaleza jurídica pública o privada.

Para los transportes urbanos, la sustitución del criterio demanial por el de servicio público conllevó a un proceso de centralización, que representó una merma gradual de las competencias de las corporaciones locales en materia de transportes, con el consiguiente vaciamiento de poderes a favor de las Administraciones centrales. También favoreció el auge de la planificación estatal y de la dirección de la economía, que ejercieron su influencia en el sistema de transportes con el establecimiento de líneas regulares de transporte de pasajeros y concesiones en exclusiva que generaban situaciones monopolísticas.

La tercera etapa se abre con el resurgimiento de las teorías liberales en la década de los setenta del pasado siglo que instauran el neoliberalismo, las cuales provocan una nueva transformación en el rol del Estado en la sociedad y la economía. En consecuencia, opera la mutación del paradigma del Estado-prestador hacia un Estado-regulador y subsidiario, que se retira de los espacios públicos conquistados en los últimos decenios, para realizar una intervención mínima en la economía.<sup>42</sup> Estos aires neoliberales desembocaron, con urgencia, en grandes privatizaciones de los monopolios y empresas que gestionaban los principales servicios públicos, con la consiguiente *despublicatio* de las actividades, que generaba la liberalización y neo-regulación de las mismas, orientadas a la re-creación del mercado.<sup>43</sup>

El sector del transporte no estuvo al margen de estos procesos, pues la mayoría de los servicios dejaron de ser de titularidad pública y pasaron a convertirse, unos, en actividades libres, solo sometidas a regulaciones policiales; y otros en actividades privadas de interés público<sup>44</sup> (reglamentadas), sujetas a la obtención previa de habilitaciones de signo autorizador y a una intensa reglamentación administrativa posterior. Esta es la regla de la etapa vigente, actividades configuradas en régimen de libertad absoluta y otras con un régimen de libertad regulada.

Hubo excepciones en el transporte terrestre –ferrocarril y carretera–, donde el proceso privatizador marchó de forma más austera y no tuvo lugar en su totalidad, debido a la importancia estratégica y a los elevados niveles de

<sup>42</sup> MARTÍN-RETORTILLO, S., “Las nuevas perspectivas de la Administración Económica”, *Revista de Administración Pública*, No. 116, mayo-agosto 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 36.

<sup>43</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico, modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Universidad Externado de Colombia, Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2003, p. 864, y del propio autor, “Logros y fracasos de la regulación”, *Revista de Derecho Themis*, No. 52, Lima, 2006, pp. 44 y 45.

<sup>44</sup> GARCÍA TREVIJANO, J. A., “Aspectos de la Administración económica”, ob. cit., p. 28.

inversión estatal en ellos.<sup>45</sup> Así, conservaron la calificación de servicio público ciertos transportes regulares de pasajeros y los transportes urbanos que reunían dicha tipicidad, aunque, en muchos casos, diversificándose los títulos de intervención y variando su intensidad, con los matices de la libre empresa, el libre mercado y la competencia.

Estas transformaciones en el transporte urbano de pasajeros provocaron la fragmentación de su naturaleza jurídica como actividad y dibujaron sobre el tapiz tres opciones regulatorias de diferente intensidad (actividad libre, servicio público y actividad privada de interés general o reglamentada), lo cual conllevó a la mutación de los títulos habilitantes de acceso al mercado por los particulares,<sup>46</sup> con la consiguiente pérdida de los tradicionales espacios ocupados por la técnica concesional, a favor de la autorización administrativa y la agudización de la crisis en la noción clásica de servicio público esbozada décadas antes.

#### **IV. La calificación del transporte urbano de pasajeros y sus modos de gestión**

Antes de comenzar la compleja tarea de calificar jurídicamente al transporte urbano, es preciso comprender que en este tema no existen posiciones puras o definitivas, pues tanto la legislación sectorial como la doctrina y la jurisprudencia administrativas actuales se han encargado de *relativizar* los extremos estudiados.<sup>47</sup> También es preciso reconocer que entre las principales consecuencias del advenimiento de una nueva noción del servicio público en Europa ha estado “la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquel [...]”.<sup>48</sup>

A tenor de estos argumentos, actualmente es imposible calificar *a priori* una actividad como pública o privada sin antes realizar un análisis profundo de los postulados constitucionales que establecen el marco jurídico de las relaciones

<sup>45</sup> FUERTES LÓPEZ, M., “Privatización y liberalización en el sector de los transportes”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 7, 2do. semestre, 2004, p. 161-182.

<sup>46</sup> Para ampliar sobre este extremo, se remite a RIVERA GORT, J. J., *El título habilitante para la gestión indirecta del transporte urbano de pasajeros en Cuba*, Ediciones Loynaz, Pinar del Río, Cuba, 2018, pp. 57-64.

<sup>47</sup> DE MIGUEL GARCÍA, P., “Consideraciones en torno a lo privado y lo público”, en *Documentación Administrativa*, No. 154, julio-agosto, 1973, Madrid, pp. 11-17 y 27-42.

<sup>48</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico...*, ob. cit., pp. 608 y 609. Semejante criterio posee en Latinoamérica VERGARA BLANCO, A., “El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, No. 12, enero-julio, 2004, LexisNexis, Santiago de Chile, p. 41.

económicas en cada sociedad. Por ello, el signo del modelo económico asumido en cada contexto será brújula certera en la tarea de escudriñar la naturaleza de las actividades económicas, de la configuración del régimen legal de las mismas y, dentro de este, de los títulos que habiliten a los particulares para su explotación.<sup>49</sup>

En cuanto al tema que nos ocupa, ELOY GARCÍA MARTÍNEZ, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, refiere que los transportes por carretera, entre los que se incluye el urbano de pasajeros,

“no deben considerarse servicios públicos por naturaleza, ya que esta actividad no implica una esfera de actuación originariamente estatal, por lo cual la prestación industrial al público que el transporte por carretera implica será estatal o privada, según lo haya determinado el Estado en ejercicio de su potestad soberana, [...] la forma de regulación que se determine, pública o privada, tendrá sin duda una motivación propia, ateniéndose a circunstancias políticas, económicas, sociales y técnicas, pero siendo en definitiva [...] una medida de gobierno”.<sup>50</sup>

Sobre la base de estas razones, puede afirmarse que no existe una naturaleza jurídica preestablecida e inalterable en tiempos y contextos para la actividad de transporte urbano de pasajeros, pues aquella dependerá de los rasgos de su modelo constitucional de desarrollo y de las disposiciones legales que emanen de sus leyes generales u ordenamientos sectoriales, como expresión soberana de las decisiones políticas de cada Estado. Su variable calificación permite que los supuestos generados puedan imbricarse en un mismo contexto socioeconómico y den paso a la existencia de servicios de transporte urbano de pasajeros que asuman diferente naturaleza, en dependencia de los rasgos que maticen su prestación en cada país. Esto se aprecia en la evolución de los títulos de intervención de la actividad estudiados (III), donde, como regla, la actividad, en principio, fue libre; después evolucionó hacia la noción de servicio público y, posteriormente, se convirtió en una actividad reglamentada.

Siguiendo esta lógica, la naturaleza de la actividad es vital, porque de ella depende el régimen jurídico aplicable y el título habilitante que debe obtenerse para acceder a su ejercicio. Además, es distinta la intensidad de la intervención del Estado sobre los servicios cuando se califican como públicos o como actividades privadas de interés general. En el último caso, aunque se manifiesta una menor intensidad en la regulación respecto a la declaración de servicio público *–stricto sensu–*, ello no significa una merma o limitación de las competencias ordenadoras del Estado sobre la actividad, pues las mismas descansan

<sup>49</sup> PAREJO ALFONSO, L., “Reflexiones sobre la economía y la Administración pública en la Constitución”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 25, mayo-agosto, 2005, pp. 35-36 y 51-54.

<sup>50</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, E., “La naturaleza institucional...”, ob. cit., pp. 357, 360 y 363.

en el poder de policía general.<sup>51</sup> Esto genera que dichas competencias no se alteren sustancialmente por el hecho del cambio de titularidad o calificación de la actividad, llegando, en ocasiones, a ser más intensa la regulación en una actividad reglamentada que en algunos servicios públicos concesionados, debido al rigor de su reglamentación administrativa.

En función de la naturaleza jurídica de la actividad estarán también los modos de gestión que podrán utilizarse. Si el transporte urbano se califica como servicio público, podrán emplearse los modos de gestión directos e indirectos reconocidos doctrinalmente.<sup>52</sup>

La gestión directa se lleva a cabo por la Administración titular del servicio o por una entidad auxiliar, que podrá ser un organismo autónomo, una agencia, una entidad pública empresarial, una sociedad mercantil de capital público, una fundación pública dependiente de aquella u otra entidad auxiliar.<sup>53</sup> Pueden existir otras modalidades llevadas a cabo por entes de cooperación<sup>54</sup> que no dependen directamente de las Administraciones, como las mancomunidades y consorcios,<sup>55</sup> o las que se realizan por delegación o encomienda de gestión del ente titular del servicio. La gestión directa, cuando ha sido aplicada a los servicios públicos de transporte urbano de pasajeros en sus diferentes variantes históricas, ha sido fundada en virtud de una competencia propia del ente local, sin necesidad de obtención de ningún otro título habilitante.<sup>56</sup>

Las formas de gestión indirecta son llevadas a cabo por sujetos privados, que actúan como colaboradores de la Administración, a través de la obtención previa de las habilitaciones para explotar la actividad. Entre estas figuran las modalidades de signo contractual siguientes: la concesión administrativa, la gestión interesada, el concierto y las sociedades de economía mixta. La nota

<sup>51</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, E., "La naturaleza institucional...", ob. cit., p. 378.

<sup>52</sup> COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho público económico*, 4ª ed., Iustel, Madrid, 2011, p. 248, y MESTRE DELGADO, J. F., "La actividad prestacional o de servicio público", en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales...*, VIII, ob. cit., p. 139 y ss.

<sup>53</sup> BALLESTEROS FERNÁNDEZ, O. y M. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de gestión de los servicios públicos locales (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2005, p. 137 y ss.

<sup>54</sup> MORELL OCAÑA, L., "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, No. 150, septiembre-diciembre de 1999, Instituto de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 385-391.

<sup>55</sup> ALESSI, R., *Instituciones de Derecho administrativo*, t. I, traducción de Buenaventura Pellisé, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 156 y 157; SUAY RINCÓN, J., "Coordinación del transporte en las áreas metropolitanas: la fórmula del Consorcio Regional de Transportes de Madrid", *Documentación Administrativa*, No. 230-231, abril-septiembre de 1992, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 321-334.

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ MORO, N., "El servicio de transporte colectivo urbano", *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 176, octubre-noviembre-diciembre de 1972, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, pp. 755 y 756.

distintiva entre estos modos radica en la *modulación del principio de riesgo y ventura*<sup>57</sup> asumido por el particular, sea este total, compartido, atenuado o limitado. Entre las no contractuales figuran algunas autorizaciones especiales reconocidas por la academia.<sup>58</sup>

En adición a los anteriores títulos, alguna doctrina<sup>59</sup> reconoce como formas indirectas de prestación de los servicios públicos locales la gestión por cooperativas y el arrendamiento.

En el primer caso, como señala RODRÍGUEZ SOLÁ,<sup>60</sup> la Administración puede crear cooperativas para la prestación de servicios públicos de interés local, participar en la gestión de cooperativas ya existentes o suscribir convenios de colaboración<sup>61</sup> con las mismas para organizar aquellos, entre los que puede encuadrar el transporte urbano de pasajeros. Polémica resulta la manera de plantearse el tema, pues unos autores le reconocen a la cooperativa una naturaleza jurídica puramente mercantil y las incluyen dentro de las formas asociativas mixtas,<sup>62</sup> mientras otros le reconocen un peculiar carácter asociativo privado, que ha sido base para reclamar la exoneración de habilitaciones legales para prestar los servicios de interés local.<sup>63</sup>

Por otra parte, el arrendamiento fue una forma de gestión ampliamente utilizada en España para los transportes colectivos de viajeros en trolebuses y ómnibus a inicios de la década del sesenta del pasado siglo.<sup>64</sup> Sin embargo, ante reiteradas críticas doctrinales, este modo de gestión cayó en desuso.<sup>65</sup>

<sup>57</sup> DE LOS MOZOS TOUYA, I., "La gestión indirecta de los servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local*, No. 291, enero-abril, 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 762.

<sup>58</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo, Parte general*, 6ª ed., Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2010, p. 783.

<sup>59</sup> DE LOS MOZOS TOUYA, I., "La gestión indirecta de...", ob. cit., p. 763.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ SOLÁ, C., "La cooperativa como forma de gestión de los servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, No. 260, octubre-diciembre de 1993, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 761-782.

<sup>61</sup> VEZINA, M. y J. P. GIRARD, "Colaboración público-cooperativa: la subcontratación de servicios públicos bajo la forma cooperativa en Canadá", *Revista de Estudios Cooperativos*, No. 79, Madrid, 2003, pp. 111-128.

<sup>62</sup> SOSA WAGNER, F., "La organización de los servicios económicos", en *Documentación Administrativa*, No. 228, octubre-diciembre de 1991, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 198-207.

<sup>63</sup> Destacan en este aspecto, los autores latinoamericanos SALINAS PUENTE, A., *Derecho cooperativo*, Cooperativismo, México, 1954; CRACOGNA, D., *Estudios de Derecho cooperativo*, Intercoop Ed. Cooperativa Ltda., Buenos Aires, 1986, y BULGARELLI, W., *Elaboração do Direito Cooperativo*, Atlas S.A., São Paulo, 1967.

<sup>64</sup> BALLESTER ROS, I., "El servicio público de transporte...", ob. cit., p. 226.

<sup>65</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 327.

Actualmente se valora su vigencia, pues se considera una técnica de ahorro de recursos y personal, basada en el arrendamiento de sus instalaciones a cambio de un precio o merced, configurando un estatuto menos consistente e intenso que el haz de facultades que se reconocen al concesionario de un servicio público.

Comúnmente, se afirma que la Administración titular de un servicio público debe garantizar su efectiva prestación con la máxima calidad, al mínimo coste social posible y que dispone de libertad para elegir la forma de gestión de sus servicios. Sin embargo, las normas especiales de cada sector pueden establecer límites a estas prerrogativas y condicionar sus decisiones.<sup>66</sup>

En los casos en que el transporte urbano sea calificado como una actividad privada de interés general, existe cierta libertad para que los particulares opten por formas organizativas de Derecho privado dentro de los marcos establecidos por las normas sectoriales. Ello convoca a la Administración a proveer su fomento y a garantizar la función de control y vigilancia, en aras de que el servicio sea prestado con la calidad, estabilidad, continuidad, y las condiciones de seguridad e información que los usuarios exigen de un servicio de transporte urbano moderno.

## V. El transporte urbano de pasajeros en Cuba

El origen del transporte terrestre en Cuba se remonta a los primeros desplazamientos que realizaban los nativos para moverse a sí mismos y a los productos de la caza, la pesca y la recolección. Durante la conquista de la Isla por España fueron introducidos los primeros equinos, que sirvieron como instrumentos de guerra al servicio de la colonización. Más tarde, con la entrada al país de las primeras carretas, calesas, los primeros quitrines, volantas y diligencias, los vehículos de tracción animal se convirtieron en el principal medio de locomoción de criollos y peninsulares.<sup>67</sup> La inserción del ferrocarril a vapor en la industria azucarera produjo una revolución en el transporte terrestre, que influyó notablemente en el crecimiento demográfico y espacial de las ciudades criollas de entonces. Impulsó además, en la segunda mitad del siglo XIX, la aparición del ferrocarril urbano de tracción animal (*tranvía de sangre*), que

<sup>66</sup> Arts. 71.1 y 2 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres de España; imponen como criterio condicionante de la gestión del servicio público de transporte de viajeros, la preferencia por las formas indirectas sobre los modos directos, en particular por la concesión, u otras modalidades contractuales, además de las causas que provocan la inaplicación de esta regla básica. *Vid.* CANO CAMPOS, T., "La regulación del transporte...", *ob. cit.*, pp. 345-349.

<sup>67</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., "Calesas, quitrines, ómnibus y ferrocarril urbano: transportación pública en La Habana del siglo XIX", en *Quiroga*, No. 8, julio-diciembre, 2015, Granada, pp. 36-51; ROIG DE LEUCHESEING, E., *La Habana. Apuntes históricos*, t. I, 2ª ed. aumentada, Editora del Consejo Nacional de Cultura, 1963, p. 103 y ss.

tuvo la responsabilidad histórica de establecer las primeras líneas regulares de transporte público urbano de pasajeros en la capital,<sup>68</sup> germen de los servicios públicos urbanos que más adelante se instaurarían. Por esta época comenzaron a aparecer las primeras regulaciones administrativas del sector, consistentes en normas de policía de tránsito, circulación y conservación de caminos y carreteras,<sup>69</sup> sin que fuesen promulgadas otras regulaciones de naturaleza económica.

En los primeros años de la intervención militar norteamericana se comenzó la construcción de nuevos caminos y fueron sancionadas una serie de normas jurídicas tendentes a sentar las bases de la futura dominación del capital norteamericano sobre el sector ferrocarrilero, entre las que resalta la Orden Militar No. 34 de 7 de febrero de 1902, considerada como la Ley básica de Ferrocarriles de la República.<sup>70</sup> La preeminencia del ferrocarril sobre el resto de las modalidades de transporte en los primeros años de la República motivó la falta de coordinación y de visión sistemática del sector, ya que el transporte urbano de tracción animal continuaba rigiéndose por vetustas normativas coloniales, desconectadas de la realidad que se vivía.

Con el proceso de transición hacia la tracción mecánica, generada por la introducción del primer automóvil, se inicia el perfeccionamiento de la infraestructura, que desembocó en la construcción de la carretera central.<sup>71</sup> También se comienzan a producir normas administrativas especiales reguladoras del sector y se instauran los primeros servicios públicos regulares de gran flexibilidad, los cuales carecían de organización y coordinación, en cuanto a tarifas, horarios, itinerarios y rutas, dando lugar a una concurrencia ruinosa entre los operadores de las distintas clases y modalidades.<sup>72</sup> Así se mantuvieron durante toda la República los servicios de transporte urbano en el país, caracterizados por un deficiente número de autobuses, por aglomeraciones en los horarios pico, por falta de confort y por la disfuncionalidad entre el título habilitante y la naturaleza pública de la actividad.

<sup>68</sup> El primer tranvía urbano, fundado en 1847, enlazaba Guanabacoa a Regla. Vid. DE LA PEZUELA, J., *Diccionario geográfico, estadístico e histórico de la Isla de Cuba*, t. II, Madrid, 1863, p. 335. Una década después se funda la Empresa del Ferrocarril Urbano de La Habana (EFUH), que se fusionó con la Empresa General de Ómnibus en 1863, creándose la Empresa de Ferrocarril Urbano y Ómnibus de La Habana (EFUOH), la cual prestó los servicios de ferrocarril urbano consolidados hasta 1898, en que es vendida a la *Havana Electric Railway and Company*. Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., "Calesas, quitrines...", ob. cit., p. 44 y ss.

<sup>69</sup> Catálogo de normas contenido en GOVÍN Y TORRES, A., *Elementos teórico-prácticos del Derecho administrativo vigente en Cuba*, t. II, Burgay y Cía., La Habana, 1883-1954, p. 142.

<sup>70</sup> SÁNCHEZ ROCA, M., *Legislación de transportes*, Lex, La Habana, 1943, p. 5 y ss.

<sup>71</sup> CARRERA JÚSTIZ, P., *Programa de la asignatura de Comunicaciones y Transportes*, Universidad de La Habana, Imprenta "Cuba Intelectual", La Habana, 1937, p. 89.

<sup>72</sup> V. DE ABAD, L., *Problemas de los transportes cubanos*, Mercantil Cubana, S.A., La Habana, 1944, pp. 115, 125, 132.

Con el triunfo revolucionario de 1959, la realidad del sistema de transporte público en general, y del urbano de pasajeros en particular, comienza una etapa de transformación integral, que tuvo como púrtico las primeras medidas del gobierno revolucionario en el sector. Entre estas resaltan la reposición de los obreros despedidos a sus puestos de trabajo, el aumento de sus jornales y la rebaja de las tarifas del transporte público, a las que se sumaron otras de mayor profundidad, encaminadas a la asunción directa de los servicios públicos, para lo cual se utilizaron diversos mecanismos<sup>73</sup> que fueron poco a poco eliminando la propiedad privada y la gestión indirecta. Por estos tiempos nace el Ministerio de Transporte,<sup>74</sup> medida organizativa de la Administración, con la cual el sector gana plena autonomía y protagonismo entre otros estratégicos. También comienza a manifestarse la confrontación política con Estados Unidos, que desembocó en la imposición del bloqueo económico-comercial y financiero, que limitó la adquisición por el país de parque automotriz, partes y piezas de repuesto. Esto potenció el acercamiento a la Unión Soviética y al bloque de países socialistas por ella liderado, lo cual marcó un giro diametralmente opuesto en la concepción organizativa y funcional de la economía y la sociedad, inspirado en el modelo soviético del *Estado de todo el Pueblo*, que sería legitimado con la Constitución Socialista de 1976<sup>75</sup> y que representaría la eliminación *casi* total de la propiedad privada y de la gestión indirecta de los principales servicios públicos, aunque existió cierta tolerancia de hecho respecto a algunos porteadores individuales.

En este contexto recibe Cuba la caída del campo socialista en la década de 1990, iniciándose un periodo de crisis económica general, que a la par de problemas infraestructurales, organizativos y de coordinación heredados del pasado, acentuaron el decrecimiento del número de ómnibus, la caída de la tasa de automóviles privados por habitante e impidieron la renovación del parque automotriz nacional, lo cual depauperó en extremo la movilidad. Entonces fue potenciado el uso de la bicicleta, de la tracción animal y otras innovaciones aplicadas a camiones para el servicio colectivo de pasajeros (*camellos*),<sup>76</sup> con vistas a paliar los efectos adversos en el transporte urbano.<sup>77</sup> En el orden de las soluciones, también se propició la apertura a la colaboración privada en un grupo tasado de actividades, algunas pertenecientes a los otrora servicios

<sup>73</sup> Un balance de las técnicas interventoras utilizadas en el sector en esta etapa se encuentra en RIVERA GORT, J. J., *El título habilitante...*, ob. cit., p.142 y ss.

<sup>74</sup> Ley No. 960 de 1 de agosto de 1960, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba* de 3 de agosto de 1960.

<sup>75</sup> ÁLVAREZ TABÍO, F., *Comentarios a la Constitución Socialista*, Pueblo y Educación, La Habana, 1988, p. 31.

<sup>76</sup> ENOCH, M.; P. WARREN; H. VALDÉS RÍOS y E. HENRÍQUEZ MENOYO, "The effect of economic restrictions on transport practices in Cuba", *Transport Policy*, vol. 11, 2004, p. 10.

<sup>77</sup> ALEPUZ, M. y H. VALDÉS RÍOS, "The urban transportation in time of crisis. The case of Havana", *Proceedings of CODATU X*, Lome, Togo, 2002, p. 2.

estatales de transportación de cargas y pasajeros, mediante el denominado trabajo por cuenta propia<sup>78</sup> y la inversión extranjera,<sup>79</sup> lo cual revitalizó la necesidad de articular un título habilitante que garantizara la legitimidad de la gestión indirecta y que definiera las competencias reguladoras del Estado sobre la actividad.<sup>80</sup>

Actualmente, unido al perfeccionamiento del trabajo por cuenta propia,<sup>81</sup> se experimenta la creación de cooperativas no agropecuarias de trabajo<sup>82</sup> para el servicio de pasajeros y otros auxiliares o conexos,<sup>83</sup> se ensayan otras formas de gestión basadas en el arrendamiento de bienes estatales a particulares,<sup>84</sup> sean medios de transporte o instalaciones, y se experimenta el redimensionamiento del transporte público urbano (*metropolitano*) en la capital, mediante el enrutamiento de los porteadores en los tráficos de mayor demanda,<sup>85</sup>

<sup>78</sup> Decreto-Ley No. 141, “Sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia”, de 8 de septiembre de 1993, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 5, de igual fecha, y sus Disposiciones Complementarias, recientemente derogado por el Decreto-Ley No. 356, de 17 de marzo de 2018, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 35, de 10 de julio de 2018.

<sup>79</sup> Ley No. 77, “De la Inversión Extranjera”, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 3 Extraordinaria de 6 de septiembre de 1995, derogada por la Ley 118 de 29 de marzo de 2014, publicada en *Gaceta Oficial* No. 20 Extraordinaria de 16 de abril de 2014.

<sup>80</sup> Ello se materializó con la promulgación del Decreto Ley 168 de 26 de noviembre de 1996 “Sobre la Licencia de Operación de Transporte”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 43, de 5 de diciembre de 1996.

<sup>81</sup> Resoluciones Nos. 11 y 12 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 29 de junio de 2018, publicadas en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 35, de 10 de julio de 2018, modificadas por la Resolución No. 24 de igual Ministerio.

<sup>82</sup> Decreto-Ley No. 305/2012, “De las cooperativas no agropecuarias”, y Decreto No. 309/2012, “Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado”, ambos publicados en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 53, de 11 de diciembre de 2012.

<sup>83</sup> Actualmente existen 11 en este sector, 5 se dedican a prestar servicios públicos de transportación de pasajeros, mediante un sistema basado en el arrendamiento de los medios y en el subsidio del combustible, asumiendo un encargo estatal (el interés público), consistente en la prestación de servicios regulares y continuos a toda la población (en cuanto a rutas, paradas y horarios), con una tarifa oficial aprobada centralmente. Las otras 6 cooperativas se dedican a prestar servicios auxiliares o conexos. *Vid.* SOTO ALEMÁN, L., “Una mirada a la regulación jurídica del cooperativismo en Cuba desde el sector del transporte”, *Lex Social*, vol. 7, No. 2, julio-diciembre de 2017.

<sup>84</sup> Resolución No. 12/2018, “Normas Generales para el Funcionamiento de las Unidades Empresariales de Base denominadas Agencias de Taxi”; Resolución No. 13/2018, “Normas Generales para el Funcionamiento de las Unidades Empresariales de Base denominadas Agencias de Gestión de Pasaje”; Resolución No. 14/2018, “Normas para los Contratos que suscriba la Empresa para el Modelo de Gestión de Arrendamiento de Taxis”, y otras normas complementarias aprobadas por el Ministro de Transporte, publicadas en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 11, de 31 de enero de 2018.

<sup>85</sup> Resolución No. 175 de 28 de junio de 2018 del Ministro de Transporte, “Regulaciones para el servicio de transporte de pasajeros que prestan las personas naturales con Licencia de

medida que por sus efectos posee vocación de generalidad al resto del país, todo ello con la finalidad de dinamizar las relaciones productivas, de diversificar y organizar los sujetos privados que operan en el sector. Esto tiene lugar al calor de las transformaciones implementadas con la actualización del modelo económico, que van introduciendo determinados resortes de cambio que pretenden mejorar en cantidad, calidad y organización los servicios que se prestan,<sup>86</sup> lo que, innegablemente, genera interrogantes que deben ser despejadas utilizando los fundamentos que la Constitución de la República de Cuba de 2019 ofrece sobre la actividad de transporte urbano de pasajeros.

## VI. Notas acerca del régimen jurídico-administrativo actual del transporte urbano de pasajeros en Cuba

Como ordena la línea de análisis propuesta en este trabajo, tanto la naturaleza jurídica como los contenidos, esencia y dimensión de la actividad de transporte –urbano de pasajeros– en el entramado de relaciones económicas que operan en la realidad cubana actual, deben extraerse de los postulados constitucionales y de las pautas sentadas por el legislador especial del sector.

Primeramente, la Constitución de la República de Cuba de 2019, en tanto producto jurídico resultante de un profundo proceso de debate popular, legitimador de la democracia socialista, establece los principios, las reglas de ordenación, los límites al poder y las claves fundamentales que permiten comprender el camino avanzado y las proyecciones futuras de la nación. En el orden de los derechos, reconoce de forma taxativa en su art. 52 la libertad de las personas de entrar, permanecer, *transitar* y salir del territorio nacional, así como cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. Al amparo de este novedoso artículo adquiere fundamento constitucional el derecho a la movilidad –urbana–, que antes carecía de reconocimiento expreso y que ahora coloca al Estado en la posición de proveer mecanismos y garantías jurídicas que tributen a su efectivo cumplimiento.

En el ámbito económico, la carta magna, de forma ambivalente, marca un punto de ruptura y a la vez de continuidad con los rasgos del anterior modelo

---

Operación de Transporte en la Provincial de La Habana”, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 35, de 10 de julio de 2018.

<sup>86</sup> *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución* (actualizados 2016), Capítulo X, “Política para el Transporte”, lineamientos 217-227; complementados por el Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030: Propuesta de Visión de la nación, ejes y sectores estratégicos que reconoce en el eje estratégico infraestructura la necesidad de expandir la cobertura, calidad y competitividad de ella y de los servicios de transporte y logística (lineamientos 125 y 128), a la par que reconoce la necesidad de fomentar complementariamente servicios de transporte vinculados con el interés local, donde destaca lo urbano (lineamiento 248).

de desarrollo, conservando sus esencias, pero corrigiendo determinados contenidos que generaban tensión con las principales medidas implementadas a partir de la reforma económica emprendida a inicios de la segunda década de este siglo. Razones de espacio y pertinencia no permiten realizar un estudio detallado de estos temas,<sup>87</sup> concentrándose el análisis en lo adelante en la Constitución vigente.

El Título Segundo, denominado “Fundamentos Económicos”, abre su articulado con la declaración expresa de que en Cuba “[...] rige un sistema de economía socialista basado en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como la forma de propiedad principal, y la dirección planificada de la economía, que tiene en cuenta, regula y controla el mercado en función de los intereses de la sociedad”.<sup>88</sup> En este precepto se sintetiza la esencia del modelo de desarrollo cubano actual, en el cual el Estado posee un rol trascendental, habilitado por diversos e intensos títulos de intervención para dirigir, planificar, regular y controlar la actividad económica,<sup>89</sup> en la búsqueda de la armonía de los intereses nacionales y territoriales, colectivos e individuales. Ello se hace acompañar de la inversión extranjera como elemento principal para el desarrollo, del reconocimiento de la propiedad privada, su función social y carácter complementario en la economía, así como del papel de las empresas públicas y unidades presupuestadas sobre las cuales recaerá el peso de la actividad prestacional del Estado.<sup>90</sup>

Para lograr articular de manera adecuada todos estos propósitos y garantizar la preeminencia económica que le permita desplegar con eficacia su actividad servicial, el Estado actúa como representante del pueblo en la principal forma de propiedad reconocida constitucionalmente,<sup>91</sup> la cual se integra por un amplio catálogo de bienes caracterizados por la *inalienabilidad, la imprescriptibilidad e inembargabilidad*, entre los que figuran, en lo tocante a la actividad económica de transporte, las *vías de comunicación*.<sup>92</sup> Similar tratamiento reciben las *infraestructuras de interés general*,<sup>93</sup> entre las que se incluyen las redes eléctricas, hidráulicas, telefónicas, telemáticas y, en la esfera del transporte, las vías férreas, las autopistas y carreteras, así como las instalaciones portuarias y aéreas de la nación; las que por su marcado carácter estratégico para el desarrollo económico y social del país, son también inembargables y pueden transmitirse en propiedad de manera excepcional, previa aprobación

<sup>87</sup> Un análisis detallado del asunto en RIVERA GORT, J. J., *El título habilitante...*, ob. cit., pp. 150-159.

<sup>88</sup> Art. 18 de la Constitución de la República de Cuba, 2019, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 5, de 10 de abril de 2019.

<sup>89</sup> Art. 19 de la Constitución de la República de Cuba, 2019, ob. cit.

<sup>90</sup> Arts. 25; 26; 27; 28 y 30 de la Constitución de la República de Cuba, 2019, ob. cit.

<sup>91</sup> Art. 22, inciso (a), de la Constitución de la República de Cuba, 2019, ob. cit.

<sup>92</sup> Art. 23 de la Constitución de la República de Cuba, 2019, ob. cit.

<sup>93</sup> Art. 24 de la Constitución de la República de Cuba, 2019, ob. cit.

del Consejo de Ministros, siempre que se destinen al desarrollo y no afecten los fundamentos económicos, políticos y sociales del Estado.

Tomando como referencia los postulados constitucionales anteriores y el carácter sistémico de la actividad de transporte, conformado por las infraestructuras, los vehículos y los servicios, resulta evidente que sobre las infraestructuras estratégicas del país el título interventor lo constituye el dominio público, matizado por el hecho de que el Estado funge como representante del dueño en la propiedad socialista de todo el pueblo.

En lo relativo al material rodante empleado en las transportaciones, este puede ser de propiedad socialista de todo el pueblo y asignarse al uso privativo de alguna Administración, empresa pública estatal o unidad presupuestada encargada de prestar dicho servicio público; o, integrando este tipo de propiedad, puede ser arrendado a sujetos privados, *v.gr.*, trabajadores por cuenta propia y cooperativas no agropecuarias dedicadas al servicio de transporte público u otras actividades auxiliares o conexas. Por otra parte, los medios de transporte también pueden ser de propiedad privada, cuando sus titulares se encuentren habilitados para el ejercicio de la actividad o sean parte de alguno de los proyectos de redimensionamiento y organización ya mencionados en la esfera del transporte. En estos casos, el régimen jurídico del medio de transporte privado difiere del aplicable sobre la infraestructura y los servicios, aunque no alcanza a trastocar los caracteres públicos de la actividad, como se verá más adelante.

En cuanto a los servicios, que dependen para su articulación de la combinación de infraestructuras y medios, resalta el hecho de que la naturaleza de los mismos es heterogénea, debido a la amplitud y complejidad de la actividad en cuestión, así como de sus conexiones con diferentes sectores de la economía y la sociedad. Por ello no es válido calificar el sector en su conjunto ni determinar, con la mirada puesta exclusivamente en los postulados constitucionales, la naturaleza de la actividad de transporte, sin atender a su marco regulatorio especial. Lo que sí puede afirmarse, sobre la base de los criterios doctrinales aportados *supra*, es que el transporte urbano de pasajeros en Cuba constituye una actividad pública, de gran importancia para los intereses de la colectividad y la localidad, para la vida ciudadana, para la planificación urbanística, para la movilidad urbana y para la satisfacción de las necesidades sociales. Frente a ella el Estado socialista posee una importante cuota prestacional que, *complementariamente*, se imbrica con la apertura a la colaboración indirecta de un grupo de sujetos privados —no estatales—, para que gestionen dicha actividad, la cual continúa siendo pública y hacia la que conserva sus competencias de dirección, planificación, regulación y control. Corresponderá al municipio autónomo, con personalidad

jurídica y competencias propias,<sup>94</sup> y a su Administración,<sup>95</sup> proveer en lo adelante, de manera articulada con los intereses de la nación, los mecanismos para la satisfacción de las necesidades de movilidad de cada urbe, en tanto constituye la unidad política más cercana al individuo y el espacio vital donde este desarrolla de manera íntegra su personalidad y su proyecto de vida.

Una vez extraídas del texto constitucional, la naturaleza plural de la actividad general de transporte y la naturaleza pública del transporte urbano de pasajeros en Cuba, corresponde iniciar el análisis del marco regulatorio especial del sector.

Al igual que en el resto del mundo, el transporte terrestre es objeto de una abundante regulación por parte del Estado que, en ocasiones, abruma por su dispersión. Ella se manifiesta a partir de diversas aristas que abarcan desde la regulación administrativa que se realiza sobre el tráfico o la vialidad, con el fin de garantizar la seguridad de las transportaciones, de evitar accidentes, congestionamientos y de paliar la contaminación medioambiental,<sup>96</sup> hasta la regulación económica desplegada con el fin de ordenar, dirigir y controlar el acceso, permanencia y salida del mercado de los operadores del sector. Razones de espacio y pertinencia no permiten más que la mención del primer tipo de regulaciones externas, puesto que el grueso del análisis debe concentrarse en la regulación económica que el Estado hace del transporte urbano de pasajeros.

Entre las normas sectoriales del transporte, ocupa el lugar estrella el citado Decreto-Ley No. 168 de 26 de noviembre de 1996, "Sobre la Licencia de Operación de Transporte". Este cuerpo legal aparece en los momentos en que comenzaba a repuntar la economía después de la debacle de 1992 y renacía la virtualidad de los títulos habilitantes al calor de las medidas flexibilizadoras adoptadas. Sus normas son continuadoras de la tradición republicana, inclinada hacia la técnica autorizatoria en los transportes automotores, reconociéndole

<sup>94</sup> Arts. 168 y 169 de la Constitución de la República de Cuba, 2019, ob. cit.

<sup>95</sup> Art. 201 Constitución de la República de Cuba 2019, ob. cit.

<sup>96</sup> V.gr., Ley No. 109 de 1 de agosto de 2010, "Código de Seguridad Vial", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 40, de 17 de septiembre de 2010; Decreto No. 287 de 14 de marzo de 2011, "Regulaciones Complementarias a la Ley No. 109 Código de Seguridad Vial", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 14, de 15 de marzo de 2011; Decreto No. 193 de 15 de noviembre de 1994, "Contravenciones sobre Vialidad, Control Técnico, Registro de Vehículos, Preparación Técnica de los Conductores y Licencia de Conducción", publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 18, de 30 de noviembre de 1994; Decreto No. 261 de 14 de mayo de 1999 "Contravenciones Personales de las Regulaciones de las Ramas del Transporte Terrestre", entre las que se resalta el art. 1, inciso (k).

como un importante instrumento de regulación que permite facilitar la aplicación y el control de la política del Estado en la materia.<sup>97</sup>

Durante su vigencia, este Decreto-Ley ha sido reglamentado por diversas normas que muestran de modo fehaciente el camino transitado desde entonces en el perfeccionamiento de la ordenación administrativa de esta estratégica actividad. Nuevamente razones de espacio no permiten explyar los argumentos contenidos en trabajos anteriores, a los cuales remitimos.<sup>98</sup>

Actualmente, la Resolución No. 174 de 28 de junio de 2018 establece el “Reglamento sobre la Licencia de Operación de Transporte”, norma que tuvo entre sus propósitos armonizar, organizar, perfeccionar y unificar el disperso panorama jurídico que regía la obtención de dicho título habilitante,<sup>99</sup> resultante de una producción normativa fragmentaria y carente de visión sistemática, que dividía (duplicaba) las regulaciones por los sujetos gestores, entre personas naturales y jurídicas. De su articulado destaca la idea de la profesionalización del transporte como actividad prestacional; su vinculación directa con el interés general; la vocación de generalidad de sus postulados, que alcanzan a los modos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y lacustre; así como la prevalencia de la noción amplia y funcional de los servicios públicos de transporte,<sup>100</sup> donde sus notas características no son la “*publicatio*”, sino la ajenidad y la remuneración, al estilo de las regulaciones sectoriales del viejo continente.

En su aspecto jurídico-formal sus disposiciones denotan una mejor hechura técnica que sus predecesoras, aunque continúan definiendo a la Licencia de Operación de Transporte como un *documento de autorización*,<sup>101</sup> y no como un título habilitante de similar naturaleza. Al margen de esta falencia puede entenderse que dicho título posee entre sus funciones, en tanto mecanismo de control preventivo de la iniciativa privada: (1) levantar la prohibición de ejercicio impuesta por el ordenamiento especial a la actividad en cuestión;<sup>102</sup> (2) proporcionar información a la Administración acerca de los operadores que operan en el mercado;<sup>103</sup> (3) conformar expedientes técnicos sobre el

<sup>97</sup> Vid. POR CUANTOS Segundo y Tercero del Decreto-Ley No. 168 de 26 de noviembre de 1996, ob. cit.

<sup>98</sup> RIVERA GORT, J.J., *El título habilitante...*, ob. cit., pp. 161-164.

<sup>99</sup> Resolución No. 174 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 35, de 10 de julio de 2018.

<sup>100</sup> Art. 3.49 de la Resolución No. 174 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte, ob. cit.

<sup>101</sup> Art. 3.1 de la Resolución No. 174 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte, ob. cit.

<sup>102</sup> Arts. 3.1 y 4 de la Resolución No. 174 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte, ob. cit.

<sup>103</sup> Art. 53 de la Resolución No. 174 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte ob. cit.

operador y su actividad que permiten contingentar el mercado;<sup>104</sup> y (4) regular, con mayor o menor intensidad, el desarrollo de la actividad que, como fue visto, reviste caracteres trascendentes que motivan su tutela por el Derecho.

Sin ánimo de entrar a analizar el régimen jurídico de esta autorización con funcionalidad operativa configurada por el legislador, pues ello excede el objetivo de este trabajo, puede decirse que su contenido, vigencia, las clasificaciones de los servicios y de las licencias a otorgar, los requisitos para su obtención de forma detallada e independiente para las personas naturales y las personas jurídicas, las obligaciones de los titulares, el procedimiento para su otorgamiento, la aprobación, renovación, modificación, suspensión y cancelación, así como el medio de impugnación en la vía administrativa, son elementos que demuestran la experiencia adquirida en las últimas dos décadas, la voluntad de constante perfeccionamiento de las autoridades decisoras del ramo y la creciente necesidad de colaboración público-privada en el diseño y vertebración de unos servicios de transporte modernos, seguros, informados, de calidad y a la altura de los tiempos que corren.

A esta norma reglamentaria se suma en el universo regulador del transporte urbano, la Resolución No. 175 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte, “Regulaciones para el servicio de transporte de pasajeros que prestan las personas naturales con Licencia de Operación de Transporte en la provincia de La Habana”.<sup>105</sup> Dicha disposición, como fue comentado, regula el ensayo experimental de una serie de medidas encaminadas a reorganizar y redimensionar el transporte urbano (metropolitano) de pasajeros en la capital, mediante la asignación de rutas (itinerarios predeterminados) a los portadores privados titulares de Licencias de Operación de Transporte, facilitándole combustibles, insumos y piezas de repuesto, en contraprestación a la exigencia, entre otras obligaciones, de aplicar tarifas topadas en los servicios. Además, establece un grupo de requisitos adicionales<sup>B</sup> que deben cumplir los titulares de licencia y sus trabajadores contratados para insertarse en el experimento y acceder a la prestación de los servicios en la modalidad de taxis rutero y taxis libre.

Esta novedosa política de enrutamiento de los portadores privados hacia los tráficos de mayor demanda e interés económico y social, constituye un signo positivo en la regulación jurídico-administrativa de la actividad de transporte urbano de pasajeros, pues se inicia la necesaria recuperación de determinados principios de los servicios que nunca debieron quedar olvidados, tales como:

<sup>104</sup> Disposición Final PRIMERA de la Resolución No. 174 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte, ob. cit.; faculta a los Consejos de la Administración Municipal para limitar (contingentar) el otorgamiento de las licencias y servicios prestados por personas naturales.

<sup>105</sup> Resolución No. 175 de 28 de junio de 2018, del Ministro de Transporte, ob. cit.

la generalidad, la regularidad (en cuanto a rutas, itinerarios, incluso horarios en los casos en que proceda), la continuidad, la estabilidad, la calidad del servicio (que incluye seguridad, comodidad y rapidez), la información al usuario, la aplicación de tarifas públicas o pactadas con los operadores (reduciéndose la virtualidad y abusiva expansión del principio de oferta y demanda en la formación de los precios del servicio), así como otros principios técnicos que deberán ir insertándose en la medida que las condiciones económicas del país así lo permitan.

De este complejo pentagrama de normas jurídico-constitucionales y administrativas deben extraerse los acordes que delinear el panorama del transporte urbano de pasajeros en Cuba, su naturaleza y régimen jurídico especial, así como las proyecciones que a mediano y largo plazo se propone el Estado cumplir en el desarrollo de esta actividad prestacional.

## VII. Conclusiones

El transporte –urbano de pasajeros– es una actividad administrativa de trascendencia política, económica y social, que se integra bajo la lógica de un sistema compuesto por elementos (infraestructuras, medios y servicios) que determinan sus modalidades prestacionales, su variable naturaleza jurídica y su singular trascendencia para el Derecho.

Históricamente, ha sido uno de los sectores económicos más intervenidos por el Estado, lo que se ha materializado a través de diferentes títulos que han dependido de las condiciones histórico-concretas particulares de cada contexto. Entre estos han figurado el dominio público, el servicio público y, recientemente, la regulación económica que la Administración despliega sobre las denominadas actividades reglamentadas, debido a su estrecha conexión con el interés general y la seguridad colectiva.

Fue precisamente en esta última etapa donde, como resultado del auge del neoliberalismo privatizador, desregulador y neorregulador, la naturaleza jurídica de la actividad de transporte se fragmenta, complejizándose su calificación, la cual dejó de ser general y unitaria en todo el sector, para pasar a modularse bajo los nuevos paradigmas, que apuntan a su configuración por segmentos, como una actividad privada, una actividad pública o una actividad reglamentada. Esta mutación, en su esencia provocó que se trastocara la lógica funcional de las tradicionales técnicas iusadministrativas que venían utilizándose, lo cual potenció la expansión de la autorización hacia los espacios ocupados habitualmente por la concesión administrativa.

Ante este escenario se ponderan los análisis de la Constitución económica de cada Estado y de las normativas que integran el marco regulatorio especial

de cada sector, en aras de determinar, de manera atinada y sensata, enfocado en las peculiaridades de cada contexto, la naturaleza jurídica de esta cardinal actividad, de la cual dependerá su régimen jurídico-administrativo.

Siguiendo estas claves teóricas, constitucionales y administrativas, el transporte urbano de pasajeros en Cuba se caracteriza en la actualidad por ser una actividad estratégica, de notable importancia socioeconómica para la vida en colectividad, que debido a su trascendental conexión con el interés general, aun cuando no se declara formalmente, se califica como una actividad pública de titularidad estatal. En función de ello, el Estado posee competencias de dirección, planificación, regulación y control, que puede —y debe— ejercer con tino, modulando su intensidad, en dependencia de los intereses privados, locales o sociales implicados y de la necesidad de su armonización, de cara a la consecución de los objetivos trazados en las políticas públicas del sector. Para ello corresponderá al municipio, dotado de autonomía y autogestión, una alta cuota de responsabilidad en el desarrollo de esta actividad prestacional.

En virtud de dicha naturaleza, la Administración deberá proveer la gestión eficaz de los servicios utilizando modos directos, con preeminencia de la empresa estatal socialista, o podrá acudir, *complementariamente*, a la colaboración privada indirecta de los sujetos autorizados a operar en la economía nacional con tales fines. Un lugar fundamental en este empeño lo tendrá el marco normativo regulador de la actividad, a través del cual se implementarán las políticas trazadas y se reajustarán, atendiendo a la lógica cambiante de las normas administrativas, cada uno de los resortes necesarios para configurar un universo jurídico enrumbado al progreso.

Con estas premisas, en todo caso, la actividad de transporte urbano de pasajeros en Cuba deberá ser dirigida, planificada, controlada y regulada por el Estado, en aras de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, de armonizar estos con los de los operadores privados del ramo, y, de garantizar los derechos de los usuarios a recibir unos servicios de transporte urbano seguros, estables, cómodos, asequibles y de calidad.

# Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las servidumbres administrativas

---

IRINA PÉREZ TRUJILLO\*

## I. Preliminar

Es recurrente que en las investigaciones jurídicas se plantee el análisis de la naturaleza jurídica de la institución estudiada. Y no por frecuente resulta ocioso. Pudiera parecer poco atrayente adentrarse en una cuestión tan abstracta y confusa; sin embargo, se vuelve indispensable. El estudio de la naturaleza jurídica no lleva la intención de conocer la esencia de la institución –que está en su definición– ni su estructura –dada por los elementos que la conforman–, sino para dilucidar de dónde proviene y a qué se reduce; y para determinar el campo jurídico que le es común y que coadyuva a la coherencia lógica del ordenamiento normativo.

Al decir de José LOIS:

“La calificación de la naturaleza jurídica como forma primitiva de valor suscita consecuencias de tan extraordinaria importancia para la Ciencia del Derecho que no es hiperbólico sostener que son como el descubrimiento de una verdadera tierra de promisión”.<sup>1</sup>

Y es que al referirse la naturaleza jurídica de cualquier categoría de derecho se busca su raíz jurídica, de dónde viene, qué premisas le dan forma o la obligan a responder a determinadas reglas. Esto justifica la trascendencia de la determinación de la naturaleza jurídica para cada instituto, la razón por la que se estudia esta temática.

La servidumbre administrativa es una institución jurídica con características particulares, perfectamente diferenciada de otras afines en su definición, en su función y en su finalidad, que se desenvuelve, como toda institución de Derecho, en un sistema legal con disímiles particularidades; pero requiere, por

\* Licenciada en Derecho (Universidad Central Marta Abreu de Las Villas). Especialista en Asesoría Jurídica. Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Central Marta Abreu de Las Villas.

<sup>1</sup> LOIS ESTÉVEZ, José, “Sobre el concepto de ‘naturaleza jurídica’”, *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, No. 4, 1956, p. 182, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/139175>, consultado el 24/3/2019.

lógica, incluirse en un campo común en el que se agrupan otras instituciones afines. Este es el campo más complejo e indeterminado en el estudio de la institución, razón que encanta para adentrarse en sus polémicas, en busca de argumentos que coadyuven, si no al total consenso, al menos a la convicción de una mayoría.

Amplia ha sido la discusión doctrinal sobre este tópico, no solo en el ámbito del Derecho administrativo, sino también en el Derecho civil, donde hunde sus raíces. Consecuentemente, se requiere profundizar en las posiciones de diferentes autores para lograr la adecuada construcción jurídica e implementación práctica, entendiendo la lógica de las servidumbres administrativas dentro del sistema de Derecho.

La diversidad de criterios doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de las servidumbres administrativas han sido notorias. Algunos autores las han calificado como limitaciones, restricciones, gravámenes o incluso como expropiaciones forzosas parciales, mientras otro sector las ha denominado derechos reales administrativos. En busca de la opinión más acertada y aceptada en el mundo jurídico, se analizan a continuación los puntos más debatidos con el objetivo de descartar o acoger criterios doctrinales, y asumir una posición concluyente.

## **II. Las servidumbres administrativas y las limitaciones al derecho de propiedad**

Hay autores que han optado por incluir las servidumbres administrativas dentro de las limitaciones al derecho de propiedad. Destacan en este criterio GASCÓN Y MARÍN<sup>2</sup> y DROMI, especialmente cuando dice en su obra que las servidumbres administrativas “constituyen otro modo de limitación administrativa a la propiedad”.<sup>3</sup> Otro autor que apoya este criterio es RIVERO cuando expresa que las limitaciones por interés público son las servidumbres administrativas.<sup>4</sup>

Sin embargo, para GARCÍA OVIEDO, más que una limitación de la propiedad, es una restricción al propietario del uso de su derecho a favor de otra persona.<sup>5</sup>

Esta confusión de categorías está dada, entre otras razones, por la repercusión de estas instituciones en el derecho de propiedad por motivos de interés social,

<sup>2</sup> Ver en GASCÓN Y MARÍN, José, *Limitaciones del derecho de propiedad por interés público*, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1906, pp. 173 y 174.

<sup>3</sup> DROMI, Roberto, *Tratado de Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 598.

<sup>4</sup> RIVERO VALDÉS, Orlando, *Temas de derechos reales*, Félix Varela, La Habana, 2001, p. 76.

<sup>5</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Instituciones de Derecho administrativo*, Imprenta y Librería Eulogio de las Heras, Sevilla, 1927, p. 361.

y porque son impuestas administrativamente, sin posibilidad de oposición de los propietarios del bien afectado.

Pero, contrario a los criterios expuestos, otros autores defienden que las servidumbres no son limitaciones. En el ámbito del Derecho civil, Díez-PICAZO refiere que

“limitaciones legales del dominio y servidumbres no son términos idénticos en todo caso y circunstancia. En la servidumbre real hay un gravamen de un predio en beneficio de otro predio, un fundo sirviente y un fundo dominante. El titular del predio dominante está facultado para utilizar de una cierta manera el sirviente. En cambio, las limitaciones del dominio afectan a todas las propiedades por igual, que se colocan así en un mismo plano de igualdad [...]. En las limitaciones legales se coordinan los intereses de otros en beneficio mutuo mientras que en las servidumbres reales se sacrifica a un propietario en beneficio de otro”.<sup>6</sup>

En el ámbito del Derecho administrativo son varios los defensores del criterio de diferenciar las limitaciones de las servidumbres administrativas.<sup>7</sup>

Compartimos esta posición por varias razones, que a continuación se explican:

- Respecto a la forma en que afectan a la propiedad.

La servidumbre administrativa confiere a las administraciones públicas derechos sobre la propiedad ajena, afectando, por tanto, el carácter exclusivo de la propiedad. Las servidumbres administrativas obligan a su propietario a dejar que se haga algo dentro de su propiedad o hacerlo por sí mismo, desmembrando su dominio a favor de terceros. Conviene citar las palabras de CASSAGNE cuando sobre el tema expone de forma clara:

“... la servidumbre, al contrario de la limitación [...] afecta la nota de exclusividad del dominio mientras que aquéllas hacen al grado de relatividad de los derechos particulares que se comprimen o restringen en su ejercicio o se definen en su contenido normal, predeterminando el ámbito de lo lícito o legítimo”.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 164.

<sup>7</sup> Ver MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. III, Parte Especial, *El derecho público de las cosas*, Depalma, Buenos Aires, 1951, nota al pie número 2, pp. 270 y 271; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Parte general, *Conclusión*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 284 y 285; CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, 7ª ed. actualizada, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 332.

<sup>8</sup> CASSAGNE, Juan C., ob. cit., p. 332.

Las limitaciones, por otro lado, delimitan la propiedad, al propietario se le imponen condiciones para el ejercicio de sus facultades sobre el bien, afectando solo el carácter absoluto del dominio.

- Respecto a la forma de constitución.

Una servidumbre necesita de un acto concreto de constitución, ya sea por medio de un acto jurídico voluntario o por imposición administrativa. Debemos tener en cuenta que la servidumbre se impone sobre bienes que tienen interés social, por diversos motivos, por el lugar donde se encuentran, o la situación geográfica que ocupan respecto a otra propiedad, por ello es imposible para el legislador establecer una generalidad de bienes que van a estar sometidos a una servidumbre. Las normas autorizan la imposición de la servidumbre administrativa y describen las condiciones que deben existir para la constitución de estas, es menester de la administración, interpretar el contenido de la ley y constituir, mediante un acto jurídico voluntario o acto administrativo, la servidumbre.

La limitación, al contrario, no implica un acto concreto de establecimiento, nacen de forma automática cuando se establecen en las normas. Las limitaciones tienen carácter general porque se imponen sobre todos los bienes que se hallan en idénticas condiciones, afectando así a todos los propietarios o a un grupo indeterminado de ellos.

- Respecto a si son o no derecho real en cosa ajena.

La servidumbre administrativa concede a la administración derechos sobre una propiedad ajena a ella. Cuando se impone una servidumbre administrativa, se conmina al titular dominico a compartir algunas de sus facultades para con el bien de su titularidad, y esta se constituye como “un poder jurídico parcial de carácter público a favor del Estado”.<sup>9</sup>

No sucede así con las limitaciones que circunscriben el contenido del *ius proprietatis* sin que se generen derechos a favor del Estado, o de terceros. El Estado establece limitaciones con el objetivo de que respondan a una función social y de compaginar el derecho de todos los particulares, con el fin de que unos no interfieran en el ejercicio de los derechos de otros.

- Respecto a los bienes sobre los que se imponen.

Las servidumbres administrativas se constituyen sobre bienes inmuebles determinados a partir de la utilidad que estos tengan para la colectividad, mientras que las limitaciones se establecen sobre cosas muebles o inmuebles y tienen un carácter general ya que, como se ha dicho antes, afectan a todos aquellos bienes que se encuentran en idéntica situación.

<sup>9</sup> MAYER, Otto, *Derecho administrativo...*, III, ob. cit., p. 269.

- Respecto a la procedencia de indemnización.

Las servidumbres administrativas entrañan un sacrificio al titular de la propiedad del bien objeto de esta, ya que afectan la exclusividad que caracteriza en principio a su derecho y, por tanto, llevan implícito el poder del propietario perturbado de pedir una indemnización, siempre que se haya producido una disminución considerable del derecho de propiedad, lo cual entraña daños patrimoniales para el titular.

Las limitaciones, al definir el derecho de propiedad haciéndolo afín con los intereses de la colectividad, no obligan a abonar una indemnización a favor de quien las sufre, ya que estas no producen una afectación al propietario del bien.

En resumen, las servidumbres administrativas no deben ser confundidas con las limitaciones al derecho de propiedad, ni calificadas como tal porque:

- La limitación es de contenido amplio y genérico, implica reglamentación del derecho de propiedad; mientras que la servidumbre es concreta y específica.
- Las limitaciones restringen o comprimen en su ejercicio o en su contenido normal al derecho de propiedad, predeterminando el ámbito de lo lícito o lo legítimo y se imponen sobre todos los bienes que se hallen en idénticas condiciones; la servidumbre afecta la nota de exclusividad del dominio.
- La limitación nace de forma automática cuando se establece en las normas jurídicas, mientras que la servidumbre requiere un acto concreto de imposición.
- La servidumbre siempre tiene un sujeto titular y la limitación carece de este elemento estructural.
- La servidumbre recae sobre bienes inmuebles y las limitaciones pueden recaer sobre bienes muebles o inmuebles.
- La limitación no genera indemnización y la servidumbre, en principio, sí.

### **III. Las servidumbres administrativas y la expropiación forzosa**

El estudio de instituciones que tienen implicaciones directas en el derecho de propiedad no se reduce a las antemencionadas limitaciones. La doctrina estudia y comenta otro grupo de instituciones que son más invasivas que aquellas, y que han sido incluidas dentro de las llamadas potestades ablatorias. CASSAGNE las refiere al decir que:

“... la potestad ablatoria produce una privación o eliminación de derechos privados en atención a un interés público [...]”.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> CASSAGNE, Juan C., ob. cit., p. 463.

El propio autor confirma que en las ablaciones se produce una privación total o parcial del derecho del administrado, agrupando así categorías como la ocupación temporal, la requisición, la confiscación, y alcanzan el grado más intenso con la expropiación forzosa. Incluso, hay autores que incluyen las servidumbres administrativas dentro de las potestades ablatorias,<sup>11</sup> aunque lo más recurrente es la tendencia a incluirla dentro de estas potestades, pero no como figura independiente, sino como un tipo de expropiación forzosa.

Por ejemplo, al decir de ROYO, la servidumbre pública implica, en ciertos casos, una verdadera expropiación forzosa.<sup>12</sup>

Para GUAITA:

“la servidumbre administrativa supone la indemnización, como los demás supuestos expropiatorios, pues si bien, ‘menor’, es una verdadera expropiación”.<sup>13</sup>

En el Derecho venezolano, MARIANI se afilia a la aplicación de la Ley expropiatoria en la constitución de servidumbres por razones de utilidad pública.<sup>14</sup>

Y al consultar los criterios de COLOM PIAZUELO, predomina la tendencia de considerar la imposición de servidumbres administrativas como una expropiación parcial.<sup>15</sup>

CARRILLO DONAIRE refiere que

“en su consideración de gravamen, las servidumbres administrativas son siempre una mutilación del contenido esencial del derecho de propiedad, y en ese sentido, representan una expropiación parcial”.<sup>16</sup>

Sin embargo, las diferencias entre las categorías ameritan consideraciones sobre esta idea. La primera gran disparidad entre ambas instituciones puede apreciarse en el hecho de que las servidumbres administrativas dejan subsistir

<sup>11</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo II*. Parte 1, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 104.

<sup>12</sup> ROYO VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho administrativo*, t. II, 15ª edición, Casa Santarén, Valladolid, 1936, p. 497.

<sup>13</sup> GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1986, p. 145.

<sup>14</sup> MARIANI, Absara, “Comentarios a la ley sobre servidumbres de conductores eléctricos”, en *Revista de Derecho Público*, No. 4, octubre-diciembre, Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 108.

<sup>15</sup> COLOM PIAZUELO, Eloy, “Las expropiaciones forzosas motivadas por el establecimiento de instalaciones de gas”, *Revista de Administración Pública*, No. 142, enero-abril 1997, p. 481 y ss.

<sup>16</sup> CARRILLO DONAIRE, Juan A., *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, España, 2003, p. 107.

la propiedad del particular sobre la cosa afectada, con todas sus facultades, limitándose solo a poner en manos de la administración un derecho real sobre ese bien para beneficiar a terceros; en cambio, con la expropiación forzosa la propiedad cambia de titular, la persona ve afectado su derecho en todo su alcance, destruyendo la relación con el bien mismo.

Es oportuno aclarar que esta afirmación sería válida en el supuesto de expropiación total, pero algunos autores ya referidos defienden que las servidumbres administrativas pueden ser calificadas como expropiación forzosa parcial. Particularizando en este sentido, la expropiación parcial supondría el hecho de que se sustraiga parte del bien, o alguna de sus facultades, del dominio de su propietario; y no sucede esto en la servidumbre administrativa, donde lo que realmente ocurre es que el propietario se ve restringido en algunas de sus facultades por tener que compartirlas con la administración, por razones de utilidad pública o interés social, pero él sigue ostentando la propiedad completa sobre el bien, aunque otro tenga algún derecho sobre la misma. Por tanto, tampoco se justifica la consideración de expropiación parcial en las servidumbres administrativas, pues no se afecta el contenido sustantivo del derecho de propiedad. Para PUIG PEÑA, este contenido incluye el derecho de usar, disfrutar, abusar, poseer, disponer y vindicar;<sup>17</sup> y ninguno de ellos se afecta totalmente. La servidumbre administrativa no se justifica al calificarla como una expropiación parcial, pues el propietario no se priva de sus facultades dominicales.

En la expropiación, el dueño afectado no se verá obligado a soportar la actuación de terceros sobre su bien, puesto que ha dejado de poseerlo, y tal bien se incorpora al patrimonio administrativo. En las servidumbres se *comparte* alguna facultad sobre el bien a favor del Estado, y se pueden generar determinadas obligaciones a las que el propietario no podrá negarse; pero sigue manteniendo el bien bajo su dominio.

Las servidumbres administrativas, a pesar de ser temporales o definitivas, pueden cesar en cualquier momento; sin embargo, la expropiación forzosa reviste carácter definitivo.

BIELSA al referirse a los elementos que caracterizaban a la propiedad en sus inicios lo hace incluyendo ejemplos de cómo cada uno de ellos se ve hoy disminuido, así dice que las limitaciones afectan el carácter absoluto, las servidumbres a la exclusividad y la expropiación a la perpetuidad.<sup>18</sup> Este criterio del autor marca una de las diferencias entre la servidumbre y la expropiación,

<sup>17</sup> PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho civil español*, vol. II, 3ª ed., Pirámides, Madrid, 1976, pp. 75-79.

<sup>18</sup> BIELSA, Rafael, *Restricciones y servidumbres administrativas*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1923, pp. 15 y 16.

referida a que afectan diferentes aristas del derecho de propiedad, por cuanto la primera permite que la propiedad sea compartida con personas no titulares afectando su exclusividad, y la segunda, da la posibilidad al Estado de terminar la relación de propiedad total o parcialmente en cualquier momento, por lo que el propietario puede verse privado de ese derecho, que en un principio consideró perpetuo.

Del análisis realizado, procede decir que las servidumbres administrativas no constituyen una ablación del derecho de propiedad, en tanto con ellas no se está privando a su propietario ni total ni parcialmente de su derecho. Aquí el titular sigue ostentando su propiedad en todo su contenido, solo que sobre esta recae una servidumbre con la cual tiene que convivir, pero que no lo obstaculiza de ejercer todas las facultades que le son inherentes como titular dominico.

#### **IV. Las servidumbres administrativas y los derechos reales administrativos**

Recuérdese que las servidumbres encuentran su nacimiento en el Derecho civil romano, y al ser, por tanto, una categoría civilista que se adecuó a las necesidades del Derecho administrativo, es lógico, a la hora de buscar su naturaleza jurídica, fijarse en las propias bases civilistas de la institución.

Desde el Derecho romano se ha calificado a la servidumbre como un *ius in re aliena*, y sobre esta base se encuentran estudios recurrentes sobre la servidumbre de Derecho privado. Derecho real significa poder inmediato sobre la cosa o reconocimiento de un poder inmediato sobre un bien, que por tal queda jurídicamente vinculado al sujeto. ¿Qué se entiende entonces como derechos reales en cosa ajena? Sobre esto dicen COMADIRA Y ESCOLA:

“En el derecho civil se reconoce que si el dominio otorga a quien es su titular una serie de facultades sobre la cosa propia, existen otros derechos reales que otorgan, en cambio, facultades sobre la cosa de otro, lo que origina que su titular no ejerza sobre ellas la plenitud de sus atribuciones, ya que una parte de ellas pasa a un nuevo titular, que así se beneficia juntamente con el dueño”.<sup>19</sup>

Las servidumbres equivaldrían para el Derecho civil a un derecho como otro cualquiera, solo que este se ejerce sobre cosas de dominio ajeno. MARIO CONDE Y CONDE, al tratar de explicar cómo se desgaja esta facultad del derecho de propiedad y se deposita en manos de persona distinta, expresa:

“Todo *ius in re aliena* representa una sustantivación conceptual de una facultad que se transforma en derecho subjetivo. Todo derecho subjetivo

<sup>19</sup> COMADIRA, J. y H. ESCOLA, *Curso de Derecho administrativo* (editado, en prensa), s.a., p. 789.

—antes lo advertía— tiene un contenido descompuesto en una serie de facultades carentes de autonomía. A través de un supuesto de hecho dichas facultades se autonomizan pasando a constituir derechos subjetivos en sentido estricto. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso de la servidumbre”.<sup>20</sup>

El propietario de un bien ejerce una serie de facultades sobre este, alguna de ellas puede compartirse y ser ejercida por persona distinta a su propietario. Precisamente esto es lo que llamamos derecho real en cosa ajena. El problema estaría entonces en cómo adaptar estas características privatistas de los *ius in re aliena* a los requerimientos del Derecho administrativo, en pos de esclarecer la naturaleza jurídica de las servidumbres administrativas. Un sector de la doctrina se ha inclinado por la teoría de los derechos reales administrativos.

Según palabras de GONZÁLEZ PÉREZ, en su trabajo *Los derechos reales administrativos*, estos “son aquellos derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público”.<sup>21</sup> A primera vista, resulta dudoso si pueden las servidumbres administrativas ser derechos reales administrativos, puesto que el objeto de estas es, precisamente, bienes ajenos al patrimonio administrativo. El autor, como otros estudiosos, no parece aceptar que existan derechos reales administrativos donde el objeto sobre el que recaen no sea un bien público; no obstante, en la propia obra acepta la posibilidad de que existan derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad no estatal, donde el titular del derecho es la administración, no sin asegurar que esto sucede en poquísimos casos dentro de los cuales el más recurrente es la servidumbre administrativa.<sup>22</sup>

Y tiene razón en su planteamiento. Las servidumbres administrativas son derechos reales administrativos; en los que parte de las facultades del propietario se comparten con la Administración Pública y se califica un verdadero derecho real administrativo en cosa ajena. Esta institución justifica su naturaleza jurídica. Los fundamentos para tal afirmación se explican a través del análisis de la teoría de los derechos reales administrativos que explica Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en su antemencionado trabajo.

Pártase de que los derechos reales administrativos incluyen una infinidad de derechos que, por sus características afines, permiten su estudio como categoría del Derecho administrativo. Pero, volviendo al Derecho civil, en la clasificación de los derechos reales en cosa ajena se distinguen los derechos reales de goce y los de realización de valor. Los primeros permiten a su titular la

<sup>20</sup> CONDE Y CONDE, Mario, “El pretendido uso público de las playas y zonas marítimo terrestre de propiedad particular”, en *Revista de Administración Pública*, No. 073, España, 1974, p. 444.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 1975, p. 29.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 35.

utilización o explotación, total o parcial, de un bien ajeno, así como, en algunos casos, la adquisición; los segundos otorgan a su titular la facultad de enajenar la cosa afectada, mediante los trámites legales establecidos al efecto, para obtener el valor de la misma.<sup>23</sup> En la lógica de este estudio, las servidumbres administrativas son inadmisibles como derechos reales de realización de valor. Su esencia se corresponde con los derechos reales de goce.

Pero dentro de tal agrupación, similar a lo que sucede con el derecho de propiedad, se admiten subdivisiones teniendo en cuenta las facultades o potestades que otorgan al sujeto. Como se comentó anteriormente, las facultades inherentes al derecho de propiedad implican usar, disfrutar, abusar y consumir la cosa. Dentro de los derechos reales administrativos de goce, las servidumbres se constituyen como derechos de uso del bien ajeno, por razones de utilidad pública o interés social.

Si se analizan los elementos estáticos –sujeto, objeto, contenido– las servidumbres administrativas tienen total cabida en los derechos reales administrativos.

El sujeto activo, titular que ostenta la situación de poder concreto en que el derecho real consiste, es la Administración Pública. El sujeto pasivo, titular del bien sobre el que recae el derecho real, es el propietario privado.

Respecto al objeto, los derechos reales se materializan sobre cosas, y en las servidumbres administrativas se estima en el bien inmueble sobre el que recae el poder concreto que se confía al sujeto activo.

El contenido de la servidumbre como derecho real administrativo varía en dependencia del tipo de servidumbre administrativa que se constituya, pues se aprecia en el conjunto de facultades que se reconocen al sujeto activo.

En cuanto a los elementos dinámicos –nacimiento, comercio jurídico y extinción–, también hay total correspondencia. En las apreciaciones generales para los derechos reales administrativos dadas por GONZÁLEZ PÉREZ, hay especificidades que se ajustan a las servidumbres administrativas.

El nacimiento de la servidumbre administrativa se debe a un acto concreto de constitución, pero no es un acto típico del Derecho privado, sino que se constituyen, generalmente, a través de actos administrativos.

Una vez nacido el derecho real administrativo, que es la servidumbre administrativa, surge una relación jurídica administrativa susceptible de tráfico jurídico y, consecuentemente, requerida de inscripción registral, con la finalidad de seguridad jurídica.

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, ob. cit., p. 45.

Las causales para extinción de la servidumbre pueden apreciarse en:

- La desaparición de la causa que motivó la constitución de la servidumbre. Si la utilidad pública o el interés social que condicionó el surgimiento de la servidumbre administrativa, desaparece, con ella deja de existir el fundamento legal que justifica su imposición.
- Pérdida de la cosa objeto de la servidumbre, que la haga incompatible con su destino.
- El paso del tiempo para el que fue constituida la servidumbre (esta causal es exclusivamente para servidumbres administrativas temporales).

Al evaluar los elementos de los derechos reales administrativos y su correspondencia con las particularidades de la servidumbre administrativa se reafirma y fundamenta la consideración de estas como derechos reales administrativos en cosa ajena, que como tal, se benefician del régimen de protección exorbitante que caracteriza la demanialidad. Las servidumbres administrativas son derechos reales administrativos integrantes del dominio público.

# La noción jurídica de obra pública

---

ANDRY MATILLA CORREA\*

*“En cierta ocasión, en un escrito dirigido ‘a los jóvenes ingenieros que deben seguir adelante’, Stevens dijo algo con lo que todos esos hombres notables estarían de acuerdo, teniendo en cuenta lo que había sucedido en el mundo desde la época de Panamá. Su fe en la inteligencia humana y sus capacidades creativas se mantenía firme, manifestó. Las grandes obras aún estaban por llegar. ‘Creo que no somos más que niños que recogen piedrecillas en la playa de un océano sin límites’”.*

*Un camino entre dos mares. La creación del canal de Panamá (1870-1914).*  
David McCULLOGH, 1978.

## I. Introducción

La necesidad de proveer la infraestructura necesaria para sostener, impulsar y desarrollar la vida en colectividad ha sido una constante en la evolución social del hombre, desde que las comunidades humanas comenzaron a alcanzar un cierto grado de desarrollo, que hizo indispensable el proveimiento de dicha infraestructura.

El desarrollo humano ha implicado –inexcusablemente– la acción del hombre sobre su entorno; de su capacidad, en constante ampliación y progreso, de transformación artificial de ese ambiente para crear gran parte de los elementos físicos que las exigencias de la vida en colectividad va demandando, a los efectos de proveer al desenvolvimiento y adelanto de esa vida, a lo que también está anclado la realización individual del hombre.

Si miramos hacia atrás en la marcha del ser humano –tanto como nos alcance la vista en retrospectiva–, mucho de la huella física de esa evolución nos ha quedado de la mano de grandes construcciones destinadas a cumplir cierta

\* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba). Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo (SCDCyAd) de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba.

función de carácter social, que en no pocas ocasiones son testimonio inmejorable, monumento impenitente, de la grandeza –y también de sus imperfecciones– de viejas sociedades humanas, ya antiquísimas, ya más cercanas a nosotros en el tiempo.

De tal suerte, lo que hoy se designa con la expresión –el menos en castellano– *obra pública* o de *infraestructura pública* –aun cuando no son equivalentes estas expresiones– nos evoca una realidad objetiva –avances de la ciencia y la tecnología a un lado– de muy vieja data en el entorno social del hombre; realidad objetiva que constituye un componente ligado a la necesidad de convivencia en común, el progreso social; y también ha resultado huella, expresión, testimonio, del tránsito y ascenso social del hombre.<sup>1</sup> Son hoy trazado de la huella humana, al compás del flujo ascendente del avance de la sociedad en no pocos rubros; constituyen también testimonio de la inventiva del ser humano, de su capacidad de transformación del entorno, de apropiarse de él creativamente.

Desde antiguo, ha sido a partir de los resortes del poder público –entiéndase como se entienda este en las diversas etapas históricas– que, principalmente, se han actuado las vías o mecanismos para generar obras en función de las necesidades de la colectividad de que se trate –igualmente entiéndase como se entiendan dichas necesidades–. Por lo tanto, desde épocas antiguas, una de las actividades que han quedado ligadas a la esfera del poder público –quizás como no puede ser de otra manera por la naturaleza de lo que queda involucrado– es la promoción y realización de trabajos y obras que asumen un carácter de públicos en tanto trascienden el interés individual de un sujeto en particular, para proyectarse hacia las necesidades –según se han de interpretar en el momento histórico concreto de que se trate– de la colectividad en la que se enmarcan.

<sup>1</sup> Decía André BÉNARD: “*Les travaux publics sont aussi anciens que ceux qu’entreprennent les particuliers. En effet, il a fallu que les premiers hommes se soient assemblés et aient formé des villages, pour que, une première division du travail s’opérant, quelques-uns d’entre eux commencent à exécuter des ouvrages pour les autres. Dès cette époque, le besoin s’est certainement fait sentir pour nos premiers ancêtres, de réunir leurs forces pour créer des travaux dont le groupe entier devait profiter; murs d’enceinte pour protéger l’agglomération contre les entreprises des ennemis, édifices pour procéder en commun aux cérémonies du culte, palais pour les chefs, etc., etc.*”. Y agregaba seguidamente: “*Du reste, c’est à peine si l’histoire peut remonter jusqu’à ces peuples anciens, qui nous ont laissé comme trace de leur passage sur la terre, des ruines de monuments destinés aux usages publics que l’on découvre tous les jours un peu dans toutes les parties du monde, monuments dont les proportions nous étonnent, et composés souvent de blocs de pierre, dont le déplacement est quelquefois pour l’industrie moderne un problème embarrassant*”. Vid. BÉNARD, André, *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1897, p. 1.

En el tránsito del siglo XXI al XX, un autor francés destacaba con convicción que luego de la seguridad y la justicia, los *travaux publics* (los trabajos públicos, las obras públicas) constituyen la función más esencial del Estado.<sup>2</sup>

Esta ligazón entre el poder público (el Estado) y las obras públicas, permite asumir ya, en tiempos modernos, que no hay obra o trabajo público que no resulte de la intervención —en grados diversos, en formas diversas, pero intervención al fin— del poder público en su realización; o como dijera un autor francés en el siglo XIX: todo *travail public* (trabajo público, obra pública) supone ante todo una intervención de la *puissance publique*, que ha ordenado su ejecución.<sup>3</sup>

En definitiva, la realización de trabajos u obras públicas aparece hoy como uno de los cometidos públicos, en tanto tienen que ver —y de qué manera— con el soporte material, físico, de la vida en colectividad y con el ejercicio del poder público que rige dicha vida. No solo han sido y son necesarios para el desenvolvimiento real de esa vida, sino que, por su trascendencia socioeconómica y jurídica, han devenido uno de los segmentos tradicionales más interesantes y relevantes dentro de la realidad social en sentido general.

En palabras de un viejo autor francés de Derecho Administrativo:

*“En effet, Messieurs, les travaux publics [...] exercent nécessairement la plus grande influence sur le commerce, l’industrie et l’agriculture. La construction et l’entretien des routes, le perfectionnement des rivières navigables, la création des canaux, l’amélioration des ports, en fin la construction des chemins de fer, ont transformé la face du pays. Tous ces travaux ont augmenté dans des proportions considérables la valeur des terres en facilitant le transport des produits agricoles; ils ont développé l’industrie en créant des débouchés, et donné au commerce un prodigieux essor”.*<sup>4</sup>

Fue el siglo XIX el espacio temporal que marcó de una vez la importancia socioeconómica y política, así como jurídica, de las obras públicas. De la mano,

<sup>2</sup> LEROY-BEAULIEU, Paul, *L’État moderne et ses fonctions*, 3<sup>ª</sup> éd., revue et augmentée, Guillaumin et Cie, Paris, 1900, p. 130. También, en un viejo texto español, su autor expresaba que “Siendo tan palpable la utilidad de las vías de comunicación, deben considerar los gobiernos su apertura como una de las atenciones más preferentes, dedicándose con celo a organizar las obras públicas de interés general, a ejecutarlas bien sea directamente por cuenta del Tesoro o por medio de empresas concesionarias, estimulando al propio tiempo la construcción de las redes de caminos y ferrocarriles provinciales y vecinales”; DE ALZOLA Y MINONDO, Pablo, *Las obras públicas en España. Estudio histórico*, Imprenta de la Casa de Misericordia, Bilbao, 1899, p. 27.

<sup>3</sup> PASCALIS, Henri, *Droit romain: Régime des travaux publics. Droit français: Détermination et délimitation du domaine public en matière de routes et de chemins*, Thèses pour le doctorat, Imprimerie de E. Aubert, Versailles, 1881, p. 2.

<sup>4</sup> AUCOC, Léon, *Introduction a l’étude du Droit Administratif*, Première conférence faite à l’École Impériale des Ponts et Chaussées, Imprimerie administrative de Paul Dupont, Paris, 1865, p. 8.

y como expresión, del impulso y desarrollo del capitalismo en ese tiempo; y en lo que la proyección y realización de obras públicas resultó uno de los resortes esenciales.

Por ello, a la centuria decimonónica se le ha calificado como “la era de las grandes obras públicas”,<sup>5</sup> “el siglo de las obras públicas”, “un siglo de grandes obras públicas”,<sup>6</sup> “el siglo de auge de las obras públicas”.<sup>7</sup>

Como dijera Tomás-Ramón FERNÁNDEZ:

“El siglo XIX, y especialmente su segunda mitad, es, ante todo, un siglo de grandes obras públicas, en el que la sociedad industrial de nuestros días sienta sus bases infraestructurales. Carreteras, ferrocarriles, puertos, obras hidráulicas, etc.”.<sup>8</sup>

Visto así, el valor de las obras públicas se manifiesta en aristas diversas: en lo político, en lo económico, en lo social, hasta en lo histórico, cultural y –en lo que en este trabajo nos interesa– en lo jurídico.

Las obras públicas han sido y son factor de desarrollo social, instrumento al servicio del ejercicio del poder, de la política, de la política económica, de políticas públicas en general. También han resultado campo propicio para realidades encontradas: para el impulso de la vida en colectivo del hombre y el saneamiento de ciertos males sociales, especialmente socioeconómicos; y, en contraste, para la corrupción y los manejos tan alejados del bien común a

<sup>5</sup> CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Configuración jurídica y presupuestaria de las Obras públicas”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 163, julio-agosto-septiembre, 1969, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 390.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, en *Revista de Administración Pública*, Nos. 100-102, *Conmemoración de los cien números de la Revista*, vol. III, enero-diciembre, 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 2435.

<sup>7</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación CaixaGalicia, CIEF, Centro de Investigación Económica y Financiera, Thomson-Civitas, Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2006, pp. 65 y 66.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., pp. 2434 y 2435. Desde el contexto también español, otro autor destacaba: “Las Obras públicas constituyen una de las actividades fundamentales de la Administración de la primera mitad del Siglo XIX. En estos primeros años del siglo comienzan las operaciones encaminadas a establecer el Ferrocarril en España [...]. Se reactiva la política de construcción de carreteras –política iniciada en 1794– [...]. Se inician los abastecimientos de aguas a poblaciones, se reparan y se construyen hasta 1850 más de treinta puertos. En 1874 queda casi completada la red de faros marítimos. Se trata, en definitiva, de la época en que comienza la verdadera era moderna de nuestras Obras públicas”. Vid. ROSADO PACHECO, Santiago, *El Estado administrativo en la España del siglo XIX: liberalismo e intervencionismo (Notas históricas a propósito del fomento, la expropiación y la contratación administrativa. 1836-1869)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 13.

los que debe enfilarse rectamente, en última instancia, el ejercicio del poder público. Han sido factor para potenciar el bienestar social, mas, por otro lado, ha sido elemento por el que se han proyectado o sobre el que se han fertilizado –la historia deja claro no pocos ejemplos– males sociales.

Según ha recordado la profesora francesa MORAND-DEVILLER:

*“Les économistes, dont Keynes sera le plus représentant, ont démontré avec brio le rôle capital joué par la réalisation de travaux d’infrastructure sur relance d’une économie en stagnation ou récession. La réussite de New Deal de F. D. Roosevelt, fondé en particulier sur la commande par l’État de ‘grands travaux’, est là pour le démontrer, ce qu’exprime la diction populaire: ‘Quand le bâtiment va... tout va’, pronostic que inclut aussi, il est vrai, les travaux privés de construction”.*<sup>9</sup>

Las obras públicas, en su relevancia, han sido valoradas de una forma tal que, en una vieja creencia que ha deambulado por los pasillos del poder público, y en las creencias populares de algunos, ellas han sido tenidas como una huella palpable por la que habría de recordarse mejor a los gobernantes, más que por otras cosas. Y más de uno de esos gobernantes se ocupó de ello bajo esa creencia, mirando –puede ser– a muchas cosas, pero no siempre al recto ejercicio de su actividad como gobernantes.

Además de los planos señalados, y en lo que en este trabajo interesa, las obras públicas han sido una realidad jurídicamente relevante; un fenómeno jurídicamente trascendente, en especial para el Derecho Administrativo.

Dentro de los espacios de conformación del poder público, ha sido el espacio administrativo donde ha quedado enmarcado por excelencia el ámbito relacionado con la realización o ejecución de los trabajos u obras públicas;<sup>10</sup> por lo que no es de extrañar que esas nociones hayan ido cobrando relevancia a los fines de ordenación jurídica de ese ámbito administrativo, una vez que la misma fue asumiendo identidad e individualidad dentro de los segmentos o funciones en los que modernamente se asume como que se expresa el poder público.

<sup>9</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif des biens*, 6<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2010, pp. 607 y 608.

<sup>10</sup> El profesor mexicano FERNÁNDEZ RUIZ asevera que “Las obras públicas, insistimos, figuran entre los testimonios más antiguos de la actividad administrativa del Estado, habida cuenta de que su construcción acredita la existencia de una autoridad en ejercicio de funciones administrativas, cuales son las de planear y ordenar su construcción, así como dirigirla y administrarla, y, en su caso, contrata dicha construcción”. *Vid.* FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, 2<sup>a</sup> ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, SA de CV, México, DF., 2003, p. 217.

De tal suerte, las obras públicas constituyen una de las primigenias realidades sociales y jurídicas que caen bajo el mando ordenador del Derecho Administrativo, desde los albores mismos de su nacimiento como rama del Derecho moderno en el periodo decimonónico, convirtiéndose así en una de las zonas objetivas típicamente iusadministrativas, articuladora y conformadora de relaciones jurídico-administrativas;<sup>11</sup> por lo que es dable entender que las obras públicas pueden considerarse como una de las instituciones jurídico-administrativas fundacionales del universo institucional del Derecho Administrativo moderno como subsistema jurídico.

## II. Relevancia jurídico-administrativa de la noción de obra pública

Uno de los clásicos autores del periodo decimonónico, Gabriel DUFOUR, advertía que:

*“Sous l’ancienne monarchie, on n’avait point à se préoccuper de règles et de principes généraux en matière de travaux publics. Le roi réunissait à cet égard, dans ses mains, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif; les lettres patentes délivrées pour chaque entreprise, renfermaient les dispositions législatives, les prescriptions réglementaires et les stipulations contractuelles nécessaires pour en assurer l’exécution. Les choses se passaient pour toutes les concessions, comme elles se sont passées, de nos jours, pour les concessions de chemins de fer qui devaient être soumises à l’homologation du pouvoir législatif. C’est là un fait qu’il ne faut pas perdre de vue dans l’étude des titres et actes anciens”.*<sup>12</sup>

Contemporáneamente, en la doctrina francesa se ha recogido que el particularismo, o la originalidad, del régimen jurídico de los *travaux publics* pueden ser apreciados, o se observan, desde el Antiguo Régimen.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> DE ASÍS ROIG ha comentado que: “La obra pública es la **técnica por excelencia de la actividad infraestructural** de la AP. [...]. Desde un punto de vista general, se trata de una **institución instrumental** y, por ello, **subordinada a las actividades que la justifican**, que ha desarrollado un papel principal en la configuración de la actividad administrativa de nuestros días” (negritas en el original). Cfr. DE ASÍS ROIG, Agustín E., “Lección 10. Obras e infraestructuras públicas”, en Luciano Parejo Alfonso (dir.) *et al.*, *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 4ª ed. revisada y actualizada, tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 540.

<sup>12</sup> DUFOUR, Gabriel, *Traité Général de Droit Administratif appliqué*, t. IV, 10ª ed. revue et considérablement augmentée, Cotillon, Editeur, Libraire du Conseil d’État, Paris, 1855, p. 298, nota 1.

<sup>13</sup> V.gr., GODFRIN, Philippe y DEGOFFE, Michel, *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, 9ª ed., Sirey Université, Dalloz, Paris, 2009, p. 237; DEBBASCH, C., J. BOURDON, J.-M. PONTIER y J.-C. RICCI, *Droit administratif des biens*, 3ª ed. mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1999, p. 306; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de...*, ob.

De ahí que se haya indicado que

*“La matière des travaux publics a suscité la naissance d’un droit qui est à la fois ancien et original. Ancien, car les principaux procédés de réalisation des travaux publics, l’entreprise et la concession, sont déjà utilisés sous l’Ancien Régime. Selon certains auteurs, le droit appliqué à la réalisation des ouvrages ‘n’a pas changé dans ses grandes lignes depuis le temps de Colbert’ [...]”.*<sup>14</sup>

En definitiva, el interés jurídico por la idea de la *obra pública* arranca visiblemente para el moderno Derecho Administrativo desde el siglo XIX, como marco temporal en el que tiene lugar la etapa inicial de construcción científica moderna de ese subsistema jurídico, de la mano también del auge en la construcción de obras públicas y del desarrollo del capitalismo.

La relevancia jurídica de las obras públicas ha sido puesta de relieve por la doctrina iusadministrativista, en especial del siglo XIX hacia acá. De hecho, en una de las más destacables obras sobre el tema en ese siglo, su autor comenzaba, como primera línea, enfatizando que los *travaux publics* son una de las más importantes materias del Derecho Administrativo.<sup>15</sup>

Esa relevancia transita tanto por la perspectiva práctica como por la teórica. Y ha servido no solo para moldear a las obras públicas como institución jurídico-administrativa, sino también para moldear y asentar otras instituciones dentro de ese universo jurídico, y hasta ha contribuido a modelar y consolidar a ese propio universo como subsistema jurídico.<sup>16</sup>

Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que si miramos la realidad que nos circunda en los últimos doscientos años, y poco más, la relevancia jurídica de la obra pública en lo teórico y en lo práctico no ha seguido una línea siempre ascendente y no accidentada. Ha ido, sí, en línea de ascenso, si se adopta una

cit., p. 609; BOUSSARD, Sabine y Christophe LE BERRE, *Droit administratif des biens*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 253.

<sup>14</sup> DEBBASCH, C., J. BOURDON, J.-M. PONTIER y J.-C. RICCI, *Droit administratif...*, ob. cit., p. 307.

<sup>15</sup> CHRISTOPHLE, Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, 10<sup>e</sup> éd. par Paul AUGER, t. I, Chevalier-Marescq et Cie, Éditeurs, Paris, 1889, p. I.

<sup>16</sup> En una temprana percepción, ya LÈON AUCOC razonaba sobre el hecho de que *“Qu’il y ait un lien entre les intérêts généraux et les intérêts locaux et spéciaux, cela est certain et cela est indispensable dans l’état actuel de la France: je vous l’expliquerai bientôt. Mais les départements, les communes et les établissements publics ne sont pas pour cela des administrés, ce sont des administrations publiques; et j’ai cru qu’il était utile de faire ressortir dans la définition du droit administratif cette notion fondamentale, qui a beaucoup de conséquences pratiques, par exemple, en matière de travaux publics”*. Ver AUCOC, Lèon, *Introduction...*, ob. cit., p. 29; también de AUCOC, *Conférences sur l’Administration, et le Droit Administratif faites à l’École des ponts et chaussées*, t. I, *Organisation et attributions des pouvoirs publics*, Dunod, Paris, 1878, p. 17.

perspectiva de miras externa a esa línea. Pero si se mira al interior de ella, y las particularidades de los ordenamiento jurídicos, veremos que su relevancia ha sido zigzagueante, con altas y bajas. Por momentos apareciendo con fuerza en el debate jurídico, en la legislación y en la jurisprudencia; y en otros momentos apagándose esa fuerza, pasando a una “zona de pasividad”, reparándose poco en ella, especialmente en lo que al pensamiento iusadministrativo corresponde.

Hay cierto consenso en los estudios jurídicos sobre el hecho de que la importancia de la idea de *travaux publics*, *trabajos públicos*, *obras públicas* u *obra pública*, arranca tempranamente dentro del moderno Derecho Administrativo francés, como criterio de adscripción de competencias al orden jurisdiccional administrativo.

Fue esa una línea que perfiló, con ribetes modernos, una tendencia históricamente anterior, que ya se manifestaba en Francia desde el Antiguo Régimen. Según precisaba LAFERRIÈRE:

*“Les contestations qui s’élèvent entre l’administration et es entrepreneurs de travaux publics ont été déférées de tout temps à la juridiction administrative: sous l’ancien régime, aux intendants, sauf recours au Conseil du roi; pendant la période révolutionnaire, aux directoires de départements; depuis le Consulat, aux conseils de préfecture sauf appel au Conseil d’État, en vertu de l’article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII [...]”*.<sup>17</sup>

Maurice HAURIU, con sus siempre agudas observaciones, destacaba que:

*“Le contentieux de travaux publics, tant par l’importance des affaires qui sont jugées tous les ans que par la quantité des principes qui ont été posés par une jurisprudence vieille de trois siècles (car les grands travaux remontent au règne de Henri IV et ont été de la compétence des intendants et du conseil du roi avant d’être de celle des conseils de préfecture et du Conseil d’État), est le premier des contentieux administratifs [...]”*.<sup>18</sup>

El punto de referencia formal, al tiempo de buscar el enraizamiento moderno de las obras públicas como noción jurídicamente relevante en el Derecho Administrativo, se señala en la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800), concerniente a la división del territorio francés y la administración, por la que se creaban los Consejos de Prefecturas, pues entre las competencias jurisdiccionales que se le establecían figuraba:

“Art. 4. Le conseil de préfecture prononcera:  
[...];

<sup>17</sup> LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, 10<sup>e</sup> éd., Berger-Levrault et C<sup>ie</sup>, Libraires-Éditeurs, Paris, 1896, p. 119.

<sup>18</sup> HAURIU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11<sup>e</sup> éd., Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 755.

2° *Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché;*

[...]

4° *Sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics;*

[...]”.

Para algún escritor francés, el art. 4 de la Ley de 28 pluvioso del año VIII reproduce en parte la Ley 7-11 de 1790,<sup>19</sup> en la cual se disponía sobre las competencias decisorias en materia litigiosa de los *directoire de district* y de los *directoire de département*:

“Art. 3. *Les entrepreneurs des travaux publics seront tenus de se pourvoir sur les difficultés qui pourraient s'élever en interprétation ou dans l'exécution des clauses de leurs marchés, d'abord par voie de conciliation, devant le directoire de district; et, dans les cas où l'affaire ne pourrait être conciliée, elle sera portée au directoire de département, et décidée par lui en dernier ressort, après avoir vu l'avis motivé du directoire de district.*

“Art. 4. *Les demandes et contestations sur le règlement des indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux ou autres ouvrages publics, seront portées de même, par voie de conciliation, devant le directoire de district, et pourront l'être ensuite au directoire de département, lequel les terminera en dernier ressort, conformément à l'estimation qui en sera faite par le juge de paix et ses assesseurs.*

“Art. 5. *Les particuliers qui se plaindront des torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration, se pourvoiront contre les entrepreneurs, d'abord devant la municipalité du lieu où les dommages auront été commis, et ensuite devant le directoire de district, qui statuera en dernier ressort, lorsque la municipalité n'aura pu concilier l'affaire”.*<sup>20</sup>

Antecedentes con mayor precisión o no a un lado, lo cierto es que las expresiones *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas) se enraízan en el moderno Derecho Administrativo francés a partir de la mencionada Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800), en relación

<sup>19</sup> LEFÉBURE, Édouard, *Des Interdits relatifs aux voies de communication, en droit romain. Principes de la compétence administrative, en droit français*, Thèse pour le doctorat, Imprimerie Jules le Clere et C<sup>e</sup>, Paris, 1873, p. 73.

<sup>20</sup> Tomado de LEFÉBURE, Édouard, *Des Interdits relatifs aux...*, ob. cit., pp. 73 y 74.

con la competencia contenciosa de los Consejos de Prefectura; cuestión esa que se debe apreciar además, dentro de la dinámica estructural y funcional del modelo de *régimen administrativo* francés que se fue asentado modernamente en ese país desde fines del siglo XVIII y principios del XX.

La importancia del mencionado artículo 4 de la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800), en relación con el tema que nos ocupa, ha sido interpretada de una forma tal, que alguna voz de la doctrina francesa ha precisado que la noción de *trabajos públicos* o de *obras públicas*,<sup>21</sup> así como su régimen jurídico,<sup>22</sup> tienen su origen en Francia en ese artículo de la citada ley.<sup>23</sup>

La inclusión de las locuciones *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas), la forma de esa inclusión y el alcance jurídico en los marcos que se le asignan en esa Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800) van a ser interpretadas por el pensamiento jurídico posterior en dos grandes vertientes: una de carácter jurisdiccional o procesal y otra de carácter sustantivo. Es a partir de esas vertientes que se va desarrollando y consolidando gradualmente la relevancia jurídica de la idea de obra pública, en los dos ángulos desde los que esta idea se ha enfocado hasta hoy.

Lo primero que debe señalarse es que al hilo de la mencionada ley francesa de 1800, *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas) resultan criterios para determinar la competencia contenciosa de los Consejos de Prefectura. Señalando entonces la intervención de dichos consejos en la solución de los litigios en materia de obras públicas y creando en ellos, a tenor de ese criterio, un segmento competencial que le es propio, que irá sustanciando, en lo que corresponde, la llamada competencia administrativa contenciosa o “jurisdicción administrativa”, en contraste con la “jurisdicción ordinaria”, según el modelo de dualidad de jurisdicciones que finalmente se impuso en Francia. De esa forma, *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas) se consolidan como criterio de adscripción

<sup>21</sup> René CHAPUS afirmaba que: “*La notion de travail public et les régimes qui lui sont liés ont leur origine dans la loi de 28 pluviôse de l’an VIII (17 février 1800) (art. 4) [...]*”. Vid. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. 2, 15<sup>e</sup> éd., Éditions Montchrestien – E.J.A., Paris, 2001, p. 545.

<sup>22</sup> Según GODFRIN y DEGOFTE: “*Le particularisme du régime juridique des travaux publics pouvait déjà être observé sous l’Ancien Régime, mais c’est la loi du 18 pluviôse an VIII qui est véritablement à l’origine du développement des règles spécifiques qui régissent aujourd’hui ces opérations [...]*”. Ver GODFRIN, Philippe y Michel DEGOFTE, *Droit administratif des biens...*, ob. cit., pp. 237 y 238.

<sup>23</sup> En palabras de PEISER: “*La théorie des travaux publics est l’une des plus anciennes du droit administratif puisqu’elle trouve sa source dans la loi du 28 pluviôse de l’an VIII qui a donné compétence aux conseils de préfecture pour connaître les litiges en matière de travaux publics [...]*” (negritas en el original). Vid. PEISER, Gustave, *Droit administratif des biens*, 18<sup>e</sup> éd., Mementos, Dalloz, Paris, 2005, p. 107.

de competencias a un “juez especial” y a una jurisdicción “especial” que se articulaba fuera de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, para conocer de los litigios de la Administración Pública.

La vis jurisdiccional administrativa de las *obras públicas* como noción jurídica no queda solo limitada al Derecho francés, sino que se extiende a otros ordenamientos.

Cuando en España se estaban echando las primigenias bases modernas de su sistema de justicia administrativa, en la importante Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos provinciales, se establecía, por su artículo 8, que dichos consejos debían también actuar como Tribunales en los asuntos administrativos, y con ese concepto, oír y fallar cuando pasasen a ser contenciosas las cuestiones relativas a:

“3º Al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos y remates celebrados con la Administración civil o con las provinciales y municipales para toda especie de servicios y obras públicas.

”4º Al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las obras públicas”.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Para el caso español, valgan las explicaciones de uno de los primeros sistematizadores del Derecho Administrativo en ese país, Alejandro OLIVÁN, cuando discurría: “En lo contencioso-administrativo, el litigio supone la existencia anterior de un acto de administración y nace de la reclamación a que este acto ha dado lugar. Lo que en su origen no era más que una operación de administración activa, se transforma en contencioso en ocasión del perjuicio que experimenta o pretende experimentar el que reclama. Este litigio es la lucha real o aparente del interés privado contra el interés común [...]”; y en el párrafo siguiente proseguía: “A los litigios administrativos pueden únicamente dar origen: la repartición de cargas o disfrutes comunes; las operaciones resultantes de contratas, suministros y empresas de obras públicas; la aplicación de las diversas servidumbres de utilidad pública; las requisiciones exigidas por el servicio del Estado; la concesión de las cosas públicas reclamadas por tercero, y, en general, todo acto administrativo que, habiendo creado entre el Estado y una comunidad o individuo derechos recíprocos no fundados en el Derecho común, promueve contestaciones que no pueden resolverse sino por la interpretación de aquel acto [...]”. Vid. OLIVÁN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, nueva ed., s/e, Madrid, 1843, p. 117. En esta cuerda, también explicaba Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA: “[...] En efecto, por regla general puede asegurarse que los negocios propios de la Administración son todos aquellos, que correspondiendo á alguno de los objetos de esta, no entran en los límites del poder judicial; es decir, todos los que no han llegado á la esfera de *contenciosos*, por no poder ser promovidos en virtud de alguna de las *acciones civiles*. Trátase por ejemplo de construir una fuente pública para el aprovechamiento común de un pueblo; los vecinos tendrán derecho á dirigir sus peticiones á la autoridad administrativa, á fin de que aquella se coloque en el punto más conveniente y se construya del modo más útil al uso del vecindario; pero ninguno de ellos podrá ejercitar una acción civil, reclamando que la fuente se sitúe en otro paraje, ó se ejecute la obra bajo forma distinta que la proyectada. Serán pues privativos de la Administración y no de la Justicia, las gestiones que acerca de este particular se intenten [...]”. Véase ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Elementos de Derecho Administrativo*, t. III, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1843; consultado en la edición facsimilar: ORTIZ DE ZÚÑIGA,

De lo anteriormente ilustrado, y mirando el desenvolvimiento y desarrollo teórico-práctico que ha tenido el Derecho Administrativo en los dos últimos siglos y poco más, puede sacarse en claro que la idea de *obra pública* (y *trabajos públicos*) ha devenido uno de los más antiguos y sostenidos criterios de determinación de la jurisdicción administrativa o contencioso-administrativa; y, vinculado a ello, uno de los criterios de determinación material o sustancial del ámbito de funcionamiento administrativo.

La importancia de los trabajos y obras públicas dentro del contexto socioeconómico y de la actividad del Estado en el siglo XIX, y la asignación de los litigios en torno a ellos al conocimiento del “juez de lo administrativo” impulsaron también la necesidad de ir desgajando las reglas propias de dichos trabajos y obras como categorías jurídicas particulares, así como las que conformaban el régimen jurídico propio de ellos; lo que trajo consigo además la necesidad de fijar la noción de obra pública (trabajo público) como categoría básica de ese régimen jurídico. Tal como sostuvo JOSSE, puesto que existe un *droit des travaux public*, una definición de esos *travaux* es indispensable para delimitar el campo de aplicación de las reglas especiales que se le aplican.<sup>25</sup>

De ahí que todo ello fue compulsando una necesaria indagación teórico-práctica sobre estas cuestiones, y fue marcando la aparición temprana y posterior evolución de un “Derecho de las obras públicas” (Derecho de trabajos públicos) con cierta identidad y visibilidad –particularismo y originalidad, se ha dicho por los estudiosos,<sup>26</sup> incluso autonomía<sup>27</sup> o un lugar aparte<sup>28</sup>– dentro de ese submundo mayor que es la rama iusadministrativa.

De igual forma, se fueron trazando los perfiles de una “teoría jurídica de las obras públicas”, que en la segunda mitad y hacia el final del siglo XIX, y los inicios del XX, respondiendo al estado de la ciencia jurídica de la época, y al de la ciencia del Derecho Administrativo en particular, mostraba ya un sitio ganado en los contenidos y la sistemática desde los que se asumía la enseñanza y tratamiento científico del subsistema jurídico-administrativo (el cual

---

Manuel, *Elementos de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 438 y 439.

<sup>25</sup> JOSSE, P. L., *Les travaux publics et l'expropriation*, Sirey, Paris, 1958, p. 7.

<sup>26</sup> Ver la forma en que se expresaban, por ejemplo: DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, 11<sup>e</sup> éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence E.J.A., Paris, 1998, pp. 335 y 336; DEBBASCH, C., J. BOURDON, J.-M. PONTIER y J.-C. RICCI, *Droit administratif...*, ob. cit., p. 307; GODFRIN, Philippe y DEGOFFE, Michel, *Droit administratif des biens...*, ob. cit., p. 237; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de...*, ob. cit., p. 609.

<sup>27</sup> CHAPUS, René, *Droit administratif général*, ob. cit., p. 545.

<sup>28</sup> GODFRIN, Philippe y DEGOFFE, Michel, *Droit administratif des biens...*, ob. cit., p. 237.

pugnaba aún por consolidar sus bases científicas).<sup>29</sup> Incluso, en ese contexto, emergían diccionarios, cursos, tratados, obras en sentido general, de importancia y largo aliento, que se dedicaron exclusivamente a la cuestión de las obras públicas (trabajos públicos).<sup>30</sup>

Con todo ello, a la vera de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, desde ese segmento en particular, se fue sustanciando, además, el desarrollo del Derecho Administrativo como subsistema jurídico. No es ocioso ilustrar tal percepción con lo escrito por Gustave PEISER, quien ha enseñado que la *théorie du travail public* constituye una de las teorías más importantes del Derecho Administrativo, pues posibilitó que el Derecho Administrativo tuviera apreciables progresos, en una época donde las grandes teorías que devinieron luego tradicionales (contratos, responsabilidad) eran inexistentes.<sup>31</sup>

Tanto por su vieja data dentro del universo institucional endémico del subsistema jurídico administrativo, como por las implicaciones que ha tenido en el proceso de construcción teórica y práctica de ese subsistema, y de varias de las instituciones que abarca el universo iusadministrativo, hoy es igualmente una percepción asentada y pacífica dentro del pensamiento científico de esa rama, que la noción de *obra pública* se eleva a la categoría de pieza cardinal en el desarrollo del Derecho Administrativo a lo largo del siglo XIX y en momentos posteriores; justo cuando la rama administrativa echaba sus primigenias bases conceptuales y funcionales modernas, así como de varios de los componentes del aparato de categorías y técnicas jurídicas que hoy asume esa esfera administrativa.

<sup>29</sup> Según DE LAUBADÈRE y GAUDEMET: “[...] A l’époque où la science du droit administratif commençait à peine de se découvrir elle-même, au XIX<sup>e</sup> siècle, la théorie des travaux publics est apparue comme l’une des premières constructions du droit administratif moderne [...]”. Vid. DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 2, ob. cit., p. 335. En esa propia cuerda, otros autores han apuntado sobre los *travaux publics* que “[...] ils ont donné naissance à l’une des premières théories du droit administratif. Alors que, au XIX<sup>e</sup> siècle, ce dernier commençait tout juste à sortir des limbes, on peut dire que la théorie des travaux publics était déjà passablement élaborée [...]”. Ver AUBY, Jean-Marie, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY y Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 193.

<sup>30</sup> V.gr., con un simple fin ilustrativo: COTTELLE, M., *Cours de Droit Administratif appliqué aux travaux publics*, 2 t., 3<sup>e</sup> éd., Damont et Dunod, Paris, 1859; PERRIQUET, E., *Traité théorique et pratique des travaux publics*, t. 1 y t. 2, Marchal, Billard et C<sup>e</sup>, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1883; CHRISTOPHLE, Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, 10<sup>e</sup> éd. par Paul AUGER, 2 t., Chevalier-Marescq et Cie, Éditeurs, Paris, 1889-1890; LECHALAS, Georges, *Manuel de Droit Administratif, Services des ponts et chaussés et des chemins vicinaux*, t. I, t. II, 1<sup>era</sup> y 2<sup>da</sup> partes, Paris, 1889-1893-1898; GUYOT, Yves, *Les travaux publics*, Ernest, Flammarion, Paris, 1897; DARDÂT, Emile, *Exécution des travaux publics*, V<sup>ve</sup> Ch. Dunod, Paris, 1901.

<sup>31</sup> PEISER, Gustave, *Droit administratif...*, ob. cit., p. 107.

Esa realidad le confiere a la obra pública una suerte de “carta de nobleza” (*lettres de noblesse*) –según gráfica expresión de André DE LAUBADÈRE–<sup>32</sup> en la esfera iusadministrativa, reconociéndole como una de las primeras construcciones o teorías jurídicas,<sup>33</sup> o una de las más antiguas,<sup>34</sup> que se elaboran en el seno del Derecho Administrativo moderno.

En este orden de cosas, desde el Derecho Público español, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ catalogó al concepto de obra pública como “uno de los conceptos claves en el proceso de formación de la dogmática iusadministrativa”;<sup>35</sup> aseverando consecuentemente que

“El Derecho Administrativo de nuestros días debe, pues, mucho a la obra pública, auténtico tronco institucional de la disciplina y motor de su evolución en la segunda mitad del siglo pasado”.<sup>36</sup>

El propio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su importante trabajo sobre el tema que nos ocupa, ponía de manifiesto cómo “la legislación general y especial de obras públicas influyó en las instituciones e impulsó su renovación, erigiéndose en el principio motriz de la configuración dogmática del Derecho Administrativo de la época”. Y terminaba enfatizando en torno a la realidad jurídico-institucional

<sup>32</sup> DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 2, ob. cit., p. 335.

<sup>33</sup> Ver las afirmaciones, entre otros, de: DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 2, ob. cit., p. 335; AUBY, Jean-Marie, Pierre BON, Jean Bernard AUBY y Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 193.

<sup>34</sup> Por ejemplo: PEISER, Gustave, *Droit administratif...*, ob. cit., p. 107; BOUSSARD, Sabine y Christophe LE BERRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 253.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., p. 2429. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ esclarecía (p. 2435) que: “[...] Las grandes Leyes administrativas del siglo XIX, varias de las cuales han llegado, no por casualidad, a centenarias, pertenecen a esta época y todas ellas giran, sin excepción, en torno a las obras públicas. A través de estas leyes es como van adquiriendo sus contornos actuales la inmensa mayoría de las instituciones administrativas [...]”; enfatizando luego (p. 2436) que “[...] la legislación general y especial de obras públicas influye en las instituciones e impulsa su renovación, erigiéndose en el principio motriz de la configuración dogmática del Derecho Administrativo de la época”.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., p. 2438. Siguiendo esa línea, MENÉNDEZ MENÉNDEZ y FERNÁNDEZ ACEVEDO plantearon sobre la obra pública que: “[...] Nos hallamos, en este caso, ante uno de los conceptos clave en el proceso de decantación dogmática del Derecho administrativo moderno. A través del mismo, en efecto, se han perfilado algunas de las instituciones jurídico-administrativas de mayor relieve como, entre otras, la expropiación forzosa, el contrato administrativo, la responsabilidad patrimonial o el servicio público. Figuras, todas ellas, que se gestan y se desarrollan, de este modo, de la mano de la obra pública”. *Vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Pablo y Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, en Pablo Menéndez Menéndez (dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, p. 33 y ss.

del Derecho Administrativo decimonónico que “nada es, en efecto, interpretable al margen de la obra pública, de su realización y explotación”.<sup>37</sup>

Por ello, la importancia de la obras públicas como realidad y categoría jurídico-administrativa va más allá de los marcos institucionales propios de ella, para extender su valor jurídico en relación con otras instituciones del Derecho Administrativo (contrato, concesiones, responsabilidad, expropiación, por ejemplo); y para trascender en esa valía, además, hacia el de esta rama del Derecho toda, como ámbito del conocimiento y como segmento autónomo del ordenamiento jurídico.

### III. Sobre la noción de obra pública

A pesar de la relevancia de las obras públicas dentro del universo del Derecho Administrativo en los siglos XIX y XX, no ha sido ni intenso, ni profundo, el debate jurídico en torno a una determinación precisa de la noción de *obra pública*. No es hasta el siglo XX que los autores comienzan a reparar mejor, en alguna medida, en esa noción jurídica, buscando establecer sus contornos de manera más nítida, a los fines de una mejor ordenación jurídica del universo que implica.

Aun así, no ha sido ese un tema tratado “en demasía” o con la suficiencia requerida,<sup>38</sup> como puede esperarse para un fenómeno de tan vetusto linaje dentro del Derecho Administrativo, con una importancia no solo práctica, sino también con un alto valor atribuido en la conformación institucional y sustancial del Derecho Administrativo como subsistema jurídico.

En su conocida obra general, el portugués Marcello CAETANO acotaba que la expresión “obras públicas” es de aquellas que, a fuerza de ser usadas, son entendidas por todos, pero pocos conocen su significado exacto.<sup>39</sup>

En las apreciaciones de MENÉNDEZ REXACH:

“Con el concepto de obra pública ocurre como con casi todos los tópicos. En cuanto se rasca un poco en su superficie, el contenido se deshace entre los dedos. Al cabo de un tiempo de reflexión se ha perdido casi por completo la solidez que se le suponía y su significado se torna nebuloso. Cuando

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., p. 2436.

<sup>38</sup> En el Derecho español, ROSADO PACHECO, a fines de la década de 1980, advertía que el concepto de obra pública, en contraste con el de servicio público, “[...] ha recibido por el contrario, un tratamiento verdaderamente secundario y, se pudiera decir, que ‘de pasada’ [...]”. Vid. ROSADO PACHECO, Santiago, “La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)”, en Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, S.A., Madrid, 1989, p. 1141.

<sup>39</sup> CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed. atualizada e revista, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1956, p. 626.

se intenta reconstruir, son tantos los matices y las excepciones que no se acierta a aislar su sustancia”.<sup>40</sup>

Ese sentimiento o convicción –y realidad– en torno a la idea jurídica de obra pública ha estado condicionado por varias causas, si se miran las particularidades de los ordenamientos jurídico-administrativos en los ciertos estadios de su desarrollo.

Por un lado, puede verse, como en el caso francés, que en un principio la legislación no proveyó un criterio específico, con vocación generalizadora, para la determinación de los trabajos y las obras públicas, sino que el trazado de estos fue desgajándose de la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado y de los trabajos de la doctrina, especialmente en el siglo xx, a partir de situaciones reguladas sectorialmente.<sup>41</sup>

Por otro lado, en aquellos ordenamientos (como puede ser el caso español) donde fueron apareciendo definiciones de obra pública en la letra de importantes leyes o normas jurídicas,<sup>42</sup> las cuales tuvieron un peso importante para manejar teórica y prácticamente la noción de ese fenómeno dentro de

<sup>40</sup> MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “Prólogo”, en Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, S.A., Madrid, 1998, p. 15. En la evaluación de Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ: “A pesar de que la obra pública suele presentarse como un concepto propio y clave del Derecho administrativo –lo que daría alas a pensar que a lo largo del tiempo ha ido adquiriendo unos perfiles claros quedando exentos de controversias–, a poco que se descienda en su estudio no tardaremos en comprobar que las apariencias, en este caso, engañan, encontrándonos, en realidad, ante una noción poco elaborada que se puede situar en el limbo de la vaguedad y de la imprecisión, y a la que, cuando menos en el seno de la doctrina española, hasta fechas bien recientes no se la ha dispensado directamente o en sí misma considerada una atención comparable a la que tradicionalmente se ha venido prestando a otras figuras –como, por ejemplo, la del servicio público– con las que *a priori* pudiera pensarse comparte un nivel de protagonismo semejante”. Ver VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas...*, ob. cit., p. 83.

<sup>41</sup> Según Norbert FOULQUIER: “*Comme de nombreuses notions du droit administratif, le travail public n’est défini de manière générale par aucun texte. Seules quelques lois qualifient de la sorte certains travaux. Le législateur a, par exemple, qualifié de travail public la pose des canalisations de produits chimiques, gaziers, pétroliers et les travaux de déminage. Relativement récentes, ces qualifications législatives, adoptées pour éviter toute incertitude quant à ces opérations, ne dérogent pas aux critères jurisprudentiels du travail public que le Conseil d’État a posés progressivement au cours du XX<sup>e</sup> siècle [...]*”. FOULQUIER, Norbert, *Droit administratif des biens*, LexisNexis S.A., Paris, 2011, p. 499.

<sup>42</sup> El panorama en torno a la noción de obra pública en el siglo xix español va a estar dominado, a diferencia de Francia, por dos definiciones consagradas en normas positivas: la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845, y la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

En la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845, se dispuso: “Artículo 1º: Para los efectos de esta instrucción se consideran como obras públicas, los caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y de desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno

esos ordenamientos,<sup>43</sup> esas definiciones fueron “matizadas” por la legislación especial,<sup>44</sup> afectando la vocación generalista y unitaria de aquellas nociones y complejizando su apropiación cognitiva, en tanto la idea de obra pública que operaba no podía entenderse adecuadamente sin entrar a considerarse lo dispuesto al respecto en esa legislación especial.<sup>45</sup>

---

o más pueblos; la navegación de los ríos y cualesquiera otras construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general.

”Artículo 2º: Bajo el nombre genérico de obras públicas se comprenden las del Estado, las provinciales y municipales; y la denominación de cada una de ellas, se determina por la procedencia misma de los fondos con que han de realizarse.

”Las excepciones de esta clasificación se fijarán por el Gobierno en los casos especiales que ocurrieren, y entonces podrán tener lugar las obras mixtas; esto es, las que reclamadas por el interés o por circunstancias particulares de utilidad pública, han de costearse simultáneamente por el Estado, y las provincias y los pueblos”.

Mientras en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 se regulaba: “Artículo 1.º Para los efectos de esta ley, se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas á servicios que se hallen á cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos.

”Pertenecen al primer grupo: los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos. Y al segundo grupo: los edificios públicos destinados á servicios que dependan del Ministerio de Fomento”.

<sup>43</sup> En los escritos del siglo XIX español, una gran parte de lo más representativo del iusadministrativismo ibérico de la época, se limita en sus estudios—según la fecha en que estos se realizaron— a seguir, remitir, reproducir o basarse en la noción de obra pública recogida en el Derecho positivo, ya sea en la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845, o en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Ver por ejemplo: GARCÍA GOYENA, Florencio y Joaquín AGUIRRE, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, corregida y aumentada por Joaquín AGUIRRE Y DOU y Juan Manuel MONTALBÁN, 4ª ed. reformada y considerablemente aumentada por José DE VICENTE Y CARAVANTES, t. VI, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852, pp. 454 y 455; COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, t. II, 3ª ed., Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1865, p. 55; voz “Obras públicas”, en COS-GAYÓN, Fernando y Emilio CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Diccionario Manual de Derecho Administrativo español para uso de los funcionarios dependientes de los ministerios de Gobernación y Fomento, y de los alcaldes y ayuntamientos*, Imprenta de los Herederos de Vallejo, Madrid, 1860, pp. 776 y 777; GALLOSTRA Y FRAU, José, *Lo contencioso-administrativo*, Imprenta y Fundición de Manuel Telló, Impresor de Cámara de S. M., Madrid, 1881, p. 284 y ss.; ABELLA, Fermín, *Tratado de Derecho Administrativo Español*, t. II, Enrique de la Riva Impresor de la Casa Real, Madrid, 1886, pp. 1175 y 1176.

<sup>44</sup> Para ROSADO PACHECO, especialmente en el siglo XIX, “el concepto de obra pública estaba apoyado en una profusa legislación especial”. Vid. ROSADO PACHECO, Santiago, “La Ley General...”, ob. cit., p. 1141.

<sup>45</sup> Explicaba MENÉNDEZ REXACH, para el caso español, que: “[...] La legislación general de obras públicas (Instrucción de 1845 y Ley de 1877) es de una extraordinaria complejidad, pero, cuando se la pone en conexión con las leyes particulares reguladoras de los cuatro ramos tradicionales de carreteras, ferrocarriles, obras hidráulicas y puertos, se constata con sorpresa que las mismas no son mero ‘desarrollo’ de la legislación general, sino que están llenas de

De lo dicho en el párrafo anterior es necesario llamar la atención sobre la circunstancia de que la realidad jurídica sectorial hubo de ser importante en la construcción inicial de la idea de obra pública y en su operatividad como categoría jurídico-administrativa. Y ello porque desde temprano se fue estableciendo una conexión de determinación entre la obra pública y la configuración de otras instituciones jurídico-administrativas particulares, como son la expropiación forzosa, las concesiones administrativas, los contratos administrativos y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; sin hablar ya de su relación con el contencioso-administrativo.

En ese orden de cosas, es ilustrativa la relación de la obra pública (trabajos públicos) con la expropiación forzosa, en tanto fue en torno a esta última donde se dieron algunas de las primeras determinaciones normativas y conceptuales de aquella.

Así, para el caso español, según se reconoce en un sector doctrinal de ese país, una primera expresión conceptual, a nivel normativo, de la obra pública, aun cuando formalmente los términos exactos que allí se emplearon fueron el de *obras de interés público* y el de *obras de utilidad pública*, se cifra en la letra de la Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público, donde se estableció:

“Artículo 1º. Siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, corporación o establecimiento, de cualquier especie, a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés público, sin que procedan los requisitos siguientes: *Primero*: Declaración solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública, y permiso competente para ejecutarla. *Segundo*: Declaración de que es indispensable que se ceda o enajene el todo o parte de una propiedad para ejecutar la obra de utilidad pública. *Tercero*: Justiprecio de lo que haya de cederse o enajenarse. *Cuarto*: Pago del precio de la indemnización.

”Artículo 2º Se entiende por obras de utilidad pública, las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, a una o más provincias, o a uno o más pueblos, cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias o pueblos, bien por compañías o empresas particulares autorizadas competentemente”.<sup>46</sup>

---

peculiaridades de difícil reconducción a un marco unitario”. Ver MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “Prólogo” ..., ob. cit., pp. 15 y 16.

<sup>46</sup> V.gr., la afirmación del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al sostener: “La primera definición de la obra pública existente en nuestro Derecho positivo es la que ofrece la Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular [ ]”. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., p. 2448. También ha concluido ROSADO PACHECO que: “La idea de obra pública aparece por primera vez y, en sentido moderno, como fundamento de la potestad de la Expropiación forzosa en la Ley de 17 de

La importancia de la conexión sustancial entre las nociones de obra pública y la expropiación forzosa, al menos en el siglo XIX, no pasó desapercibida por la doctrina de entonces ni por la posterior, que ha mirado a la evolución de esa primera noción.<sup>47</sup>

En el Derecho francés decimonónico, cuando se analizaba la definición de *travail public* en una de las obras de relevancia al respecto, se destacaba que

*“On reconnaît aujourd’hui presque unanimement qu’un travail a le caractère de ‘travail public’, toutes les fois qu’il serait possible de recourir à l’expropriation pour cause d’utilité publique, si elle était nécessaire à son*

---

julio de 1836 [...]”. Ver ROSADO PACHECO, Santiago, “La Ley General de Obras Públicas...”, ob. cit., pp. 1146 y 1147. En un trabajo posterior, ROSADO PACHECO explicaba: “El concepto clásico de la expropiación forzosa como privación perpetua y absoluta de bienes inmuebles de los particulares apareció en España con la Ley de 7 de julio de 1936. La figura de la expropiación surgió en el Derecho Administrativo español apoyando el desarrollo del intervencionismo estatal, concretamente como brazo auxiliar para la construcción de las obras públicas que, como se ha visto antes, era la técnica más característica del Estado para la conformación de la sociedad. La causa central de la expropiación forzosa era la ‘Obra pública’ que, como título justificativo, mereció una consideración positiva en el articulado de la Ley”. Un párrafo más adelante, ese español destacaba: “La consideración legal de la ‘Obra pública’, como título justificativo del comportamiento expropiatorio, es la primera vez que se formula en el Derecho español [...]”. Cfr. ROSADO PACHECO, Santiago, *El Estado administrativo...*, ob. cit., p. 20. En las consideraciones de MENÉNDEZ MENÉNDEZ y FERNÁNDEZ ACEVEDO: “[...] la obra pública en sentido moderno aparece, por vez primera, como fundamento de la potestad expropiatoria, en tanto que única excepción que justificaba la privación de la propiedad privada mediante la enajenación forzosa. En este sentido, el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, tras declarar que la propiedad se configura como un derecho inviolable y sagrado, reconoce que la única posibilidad de ser privado de él se da ‘cuando la *necesidad pública*, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización’. Esa necesidad pública se concreta, precisamente, en la realización de obras públicas. Así se desprende, nítidamente, de nuestra primera ley expropiatoria, la denominada Ley de Enajenación Forzosa de la propiedad particular en beneficio público, contenida en el Real Decreto de 17 de julio de 1936 [...]”. Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Pablo y Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Análisis histórico-jurídico...”, ob. cit., pp. 33 y 34. Ver también cómo se expresaba VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas...*, ob. cit., p. 67.

<sup>47</sup> En las aseveraciones de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, desde el contexto español: “[...] El instituto expropiatorio se modela enteramente a su servicio, configurándose como una operación ligada a la construcción de obras públicas y legitimada por la utilidad pública que la obra comporta. De este planteamiento deriva la exclusiva referencia de la expropiación a los bienes inmuebles, su limitación a las transmisiones plenas, etc., rasgos todos ellos que dejarán huella, incluso, en la Ley vigente, de 16 de diciembre de 1954, en la que, a pesar de la notable expansión del concepto a toda privación singular de la propiedad privada o de cualesquiera otros intereses patrimoniales legítimos, acordada imperativamente bajo forma de venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio, sigue latiendo todavía inconsciente, pero visiblemente, la vieja concepción propiciada hace cien años por las obras públicas y su legislación específica”. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., p. 2436.

*exécution. L'utilité publique, est, en effet, la condition essentielle sans laquelle l'expropriation ne peut être prononcée, ni une entreprise qualifiée travail public. Aussi voyons-nous que, lorsque la loi de 1841 a voulu d'terminer les cases pour lesquelles l'expropriation pourrait être ordonnée, elle n'a rien trouvé de mieux que de dire qu'elle pourrait l'être pour l'exécution de tous les travaux publics. Il y a donc une corrélation évidente entre ces deux idées".*<sup>48</sup>

Como bien advirtiera un autor latinoamericano –Luis VARELA–, en las postrimerías del periodo decimonónico, en un importante trabajo sobre la cuestión de las obras públicas, aun para anotar la insuficiencia de ese enfoque:

“Es muy frecuente definir los trabajos públicos diciendo que son aquellos para la ejecución de los cuales se puede proceder á la expropiación del dominio particular”.<sup>49</sup>

Otro aspecto a considerar cuando se mira al proceso de construcción de la noción de *obra pública* es su estrecho vínculo con otras dos categorías esenciales dentro del Derecho Administrativo: el *dominio público* y el *servicio público*.

En efecto, si bien como noción jurídicamente relevante en lo administrativo, la obra pública va operando en un inicio (finales del siglo XVIII y comienzos del XX) con cierta ganada entidad anterior a la que luego adquirirán el dominio público y el servicio público; lo cierto es que en la medida en que avanza la etapa decimonónica, se van estableciendo importantes conexiones conceptuales, en lo sustancial, entre la obra pública, el dominio público y el servicio público; al punto tal, que la primera llega a definirse en relación con alguno de los dos últimos, y la doctrina posterior llegó a advertir el estado de confusión que se dio entre esas instituciones jurídicas.

Un ejemplo que grafica lo anterior podemos encontrarlo en el colombiano Carlos H. PAREJA, quien apuntó en su momento:

“Otro principio del régimen del dominio público es el de que las obras ejecutadas por el Estado en bienes de ese dominio o en su interés, con fines de servicio público, son **obras públicas**, en el sentido clásico de esta expresión, y están amparadas por las prerrogativas especiales que la ley les ha otorgado. En consecuencia, no hay obra pública propiamente dicha sino cuando ésta se realiza para la utilidad o el servicio público, y por alguno de los procedimientos del derecho administrativo; si la actividad

<sup>48</sup> CHRISTOPHLE, Albert, 10<sup>o</sup> éd. par Paul AUGER, ob. cit., pp. 1 y 2.

<sup>49</sup> VARELA, Luis, “Apuntes de Derecho Administrativo para el Aula de Economía Política y Legislación de Obras Públicas”, segunda parte, en *Anales de la Universidad*, Año III, t. VI, Imprenta Artística, de Dornaleche y Reyes, Montevideo, 1894, p. 73.

de que se trata no tiene nada que ver con el servicio público, habrá obra particular del Estado, pero no obra pública. Así, las obras ejecutadas por una institución de utilidad común para beneficio de su dominio privado, no son obras públicas, sino privadas, y no pueden justificar la expropiación en su favor; además, para que haya obra pública es indispensable que esta se realice por una entidad de derecho público o por su cuenta y bajo su control”.<sup>50</sup>

Claro está, la realidad anterior estuvo asociada, por un lado, a una etapa de desarrollo del Derecho Administrativo donde sus categorías esenciales no estaban del todo delimitadas entre sí, produciéndose confusiones gnoseológicas entre ellas, en tanto cada una no había alcanzado aún su autonomía conceptual; y, por otro lado, a periodos donde hubo preeminencia sustancial de una noción sobre otras —es el caso del servicio público—, a partir de la operatividad de esa en la búsqueda de un criterio de definición del funcionamiento de la Administración Pública o del funcionamiento administrativo, del marco jurídico especial ordenador de ese funcionamiento y de la competencia jurisdiccional para resolver los conflictos que de ese funcionamiento de derivaban.

Esa realidad ha sido ya identificada, constatada, descrita y evaluada por el pensamiento iusadministrativista que se ha ocupado del estudio de la cuestión, desde hace ya mucho tiempo.<sup>51</sup>

En este sentido, resulta paradigmático lo analizado por José Luis VILLAR PALASÍ, cuando apreciaba que:

“En los comienzos de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura, que sólo cobran independencia al ir logrando sustantividad en

<sup>50</sup> PAREJA, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico adaptado especialmente a la administración pública colombiana*, vol. I, 2ª ed. refundida y muy aumentada, El Escolar, Bogotá, 1939, p. 317 (negritas en el original).

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, lo que señalaran CAPITANT, René, “La double notion de travail public”, en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et a l'étranger*, t. 46º, XXXVIº année, Marcel Giard, Libraire-Éditeur, Paris, 1929, pp. 507 y 508; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo*, t. I, *Introducción y teoría de las normas*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1968, p. 155; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, *Contratos administrativos. De los contratos en particular*, 3ª ed., Abeledo-Perrot S.A.E. e I., Buenos Aires, 1983, p. 504 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., pp. 2429 y 2430; VILLAR EZCURRA, José Luis, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 52 y ss.; ROSADO PACHECO, Santiago, “La Ley General...”, ob. cit., p. 1139 y ss.; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, S.A., Madrid, 1998, p. 45 y ss.; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas...*, ob. cit., p. 67, p. 128 y ss.; y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Pablo y Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Análisis histórico-jurídico...”, ob. cit., pp. 38 y 39.

los comienzos de nuestro siglo. Así en el artículo 339 de nuestro Código civil se delimitan los bienes de dominio público por el uso público (número 1) o por estar *destinados a algún un servicio público*. El artículo 3.º de la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855 es típica muestra de este baturrillo conceptual, que tanto juego iba a dar a lo largo de un siglo: ‘Todas las líneas de ferrocarriles, destinadas al *servicio general*, son de *dominio público* y serán consideradas como *obras de utilidad general*’ [...].<sup>52</sup>

Un ejemplo ilustrativo en la cuerda de razonamiento que vinculaba la idea de obra pública con el dominio público –que por recurrido no deja de ser útil– es el parecer de Maurice HAURIUO, en su comentario al *arrêt Espitalier* (de 10 de noviembre de 1900, del Tribunal de Conflictos de Francia), donde apreciaba que en la argumentación del Tribunal de Conflictos sobre la *Rotonde de la ville d’Aix* se asimilaba la *obra pública* a la dependencia del *dominio público*. De ahí el énfasis de HAURIUO en que:

*“... Toute dépendance du domaine public, alors même qu’elle n’aurait jamais, au préalable, été l’objet d’un travail de création ou de construction ou d’aménagement, est un ouvrage public [...]”*.<sup>53</sup>

Y que:

*“Certes, ce n’est pas nous qui verrons inconvénient à ce que l’opération de travaux publics soit ainsi étroitement rattachée au domaine public. Cela répond à une idée très juste [...]. L’opération de travaux publics devient ainsi un moyen de gestion du domaine public [...]”*.<sup>54</sup>

De ese modo, lo que se evidencia en ese horizonte era que la *obra pública* se concebía, esencialmente, con un nexo bien cercano al *dominio público*;<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Entre los varios trabajos en que este maestro español advierte estas situación, referimos aquí –de donde extraemos la cita–: VILLAR PALASÍ, José Luis, ob. cit., p. 155. Véase también: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., pp. 2430; VILLAR EZCURRA, José Luis, *Servicio público...*, ob. cit., p. 52 y ss.

<sup>53</sup> HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, t. III, D’après les notes d’arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIUO, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), p. 373.

<sup>54</sup> HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative...*, III, ob. cit., p. 373.

<sup>55</sup> Véase, para el caso del Derecho Administrativo español, lo planteado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., p. 2430. Según escribía, por su lado, Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (ob. cit., pp. 45 y 46): “La conexión entre el concepto de obra pública y dominio público, y más específicamente, la configuración de las obras públicas como un supuesto de bien de dominio público por estar destinado a un uso público (canales, caminos, puertos, puentes, art. 339.1 del Código Civil) o a un servicio público (art. 339.2 del Código Civil), no es un resultado original al que lleguen el Código Civil y la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, sino el precitado final de una larga evolución que se produce mediados del siglo XIX y en cuya génesis han tenido no poca importancia las aportaciones doctrinales”; y en líneas posteriores (p. 47) acogía que las obras públicas

resaltando la primera, en su configuración, tanto como una operación de construcción o transformación física del dominio público, cuanto un bien inmueble integrante del dominio público.

El paso del Derecho Administrativo hacia el siglo xx, y el avance en los primeros años de esa centuria, estuvo marcado por los reajustes funcionales y conceptuales, en una tendencia en la que destacan las aportaciones que se derivaron de la delimitación del *servicio público* como forma de la actuación pública y como categoría jurídico-administrativa. De allí, para una parte influyente de la ciencia iuspublicística de ese tiempo, emergió el *servicio público* como criterio base de identificación del espacio de actuación pública, y como eje de determinación sustancial del universo categorial que involucraba el subsistema jurídico administrativo.

Por ello no resulta nada extraño encontrar soluciones, contextualizadas en ese panorama, que se orientaron esta vez por establecer un puente de dependencia o de conexión estrecha entre las ideas de *obra pública* y la de *servicio público*, con un valor determinante del segundo sobre la primera.

De hecho, ya desde el siglo xix se venía abriendo paso una orientación conceptual de este tipo,<sup>56</sup> que va a consagrarse, en diversa escala de matices, en opiniones doctrinales como las de Henry BERTHÉLEMY, quien al conceptualizar los *travaux publics* decía que eran trabajos de *construction, d'aménagement et d'entretien*, ejecutados por una persona moral administrativa en vista de un servicio público.<sup>57</sup>

Dentro de esta vertiente, resulta paradigmático el francés Gastón JÈZE cuando, a pesar de reconocer que la jurisprudencia de su país no llegaba a admitir esa dependencia entre trabajo público (obra pública) y servicio público como condicionante de la configuración del *travail public*, sentenciaba que “la noción de *travail public* y la noción de servicio público son lógicamente indisolubles”.<sup>58</sup>

---

eran estudiadas por los autores previos a la Ley de Obras Públicas de 1877 dentro de los bienes públicos y con el mismo régimen jurídico que las pertenencias del dominio público, para afirmar además: “[...] No hay pues duda alguna: para la doctrina española de esos años la obra pública es un ejemplo de dominio *por estar destinado a una utilidad común o uso general*”. Ver también, entre otros, a ROSADO PACHECO, Santiago, “La Ley General de Obras Públicas...”, ob. cit., p. 1155 y ss.; MENÉNDEZ, Pablo y Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Análisis histórico-jurídico...”, ob. cit., pp. 38 y 39.

<sup>56</sup> Ver cómo se pronunciaba, por ejemplo, BATBIE sobre la definición de *travaux publics* en: BATBIE, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, t. VII, 10<sup>e</sup> éd., L. Larose et Forcel Librairies-Éditeurs, Paris, 1885, p. 133 y ss.

<sup>57</sup> BERTHÉLEMY, Henry, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, huitième éd., Rousseau & C<sup>e</sup> Éditeurs, Paris, 1916, p. 565.

<sup>58</sup> JÈZE, Gastón, “Caractères essentiels des principaux contrats administratifs”, Estudio de jurisprudencia, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, t. 42<sup>e</sup>, XXXII<sup>e</sup> année, Marcel Giard Librairie-Éditeur, Paris (5<sup>e</sup>), 1925, p. 459. En la nota 1 al pie

De los movimientos constructivos de las arquitecturas del *dominio público* y del *servicio público* como categorías jurídico-administrativas, resultaron nuevos elementos en pos de ganar en conciencia al tiempo de fijar la distinción entre *dominio público*, *obra pública* y *servicio público*; lo que permitió arrojar cierta claridad sobre la relación y convergencia de esas categorías y sus regímenes jurídicos y, por otro lado, contribuyó a la afirmación de la identidad e independencia de ellas como figuras jurídicas.

Asimismo, se puso en evidencia que los criterios del *dominio* y el *servicio públicos* podían operar como indicadores de la sustancia configuradora de la *obra pública*;<sup>59</sup> pero también que los primeros resultaban insuficientes para encuadrar la proyección completa de esa sustancia, pues la perspectiva de la segunda no se agotaba en ellos, ni siempre ha de tener correspondencia estricta con aquellos para perfilarse como tal.<sup>60</sup>

En definitiva, el proceso evolutivo que siguió a lo largo del siglo xx el Derecho Administrativo y sus instituciones jurídicas correspondientes, fijaría los moldes de la noción de *obra pública*, a la par de sus conexiones con las realidades que han de conformar el *dominio público* y el *servicio público*, advirtiendo en

---

de esa propia página, y correspondiendo con el fragmento reproducido al que pertenece esta nota, JÈZE escribía: “CORNEILLE, *conclusions dans l’affaire Astruc*, 7 avril 1916, R. D. P., 1916, p. 374: ‘La théorie particulière du travail public est... un dérivé de la théorie plus générale du service public’”. En el Derecho español, GASCÓN Y MARÍN afirmó que: “Muy directamente relacionada con la noción de ‘servicio público’ está la ‘obra pública’, nociones unidas en la legislación al regular la forma contractual de obras, servicios, ventas y arrendamientos; pero que conviene considerar separadamente, ya que son cosas diferentes *servicio público*, *obra pública* y *edificio público*, aunque la construcción de un edificio pueda ser obra pública, y la realización de la obra pública requiere la existencia de varios servicios públicos, como el de construcciones civiles o militares, y la realización de un servicio público requiere la construcción de obras y edificios públicos”; y el viejo maestro español estampaba que: “Es esencial en la obra pública la finalidad de servicio público, de medio para realizar este”. Vid. GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, t I, *Doctrina general*, 12ª ed. revisada, C. Bermejo, Impresor, Madrid, 1952, pp. 245 y 246.

<sup>59</sup> Para René CAPITANT (“La double notion...”, ob. cit., p. 510), por un lado: “*Dans le sens actif, l’expression travail public désigne une catégorie de service public. On appelle travail public tout service public à objet immobilier, c’est-à-dire s’exerçant sur un immeuble, œuvrant un immeuble. Il faut donc qu’un service public ait un objet immobilier pour être un travail public [...]. Un travail public est donc un service public immobilier [...]*”; y, por el otro (p. 522): “*Le travail public, dans son sens passif, c’est-à-dire l’ouvrage public, n’est plus une catégorie de service public, comme précédemment, mais une dépendance du domaine public*”.

<sup>60</sup> Escritores como Andrè DE LAUBADÈRE e Yves GAUDEMET (ob. cit., p. 341) hacían la salvedad, sobre la evolución de la noción de *travail public*, que: “*La notion de travail public a toujours été comprise dans un sens relativement large. Elle n’a notamment jamais été limitée par l’exigence d’une stricte relation avec, par exemple, des notions telles que celles de domaine public ou de service public*”.

esa evolución la presencia de la relación con el dominio público y el servicio público, pero sin quedar atrapada en dicha relación.<sup>61</sup>

Finalmente, otra cuestión sobre la que hay que llamar la atención, al tiempo de la apreciación de la noción jurídica de obra pública y su desenvolvimiento en todo este tiempo, radica en el impacto que ha tenido en la construcción de esa noción su operatividad a efectos jurisdiccionales administrativos.

Y ello no es cosa menor, pues un dato significativo en esto es el hecho de que la noción misma de obra pública ha tenido, en algunos ordenamientos jurídico-administrativos como el francés, un fuerte influjo jurisprudencial, a raíz de la ausencia—durante mucho tiempo—de una definición normativa de ese instituto en cuestión, con vocación generalista dentro de dicho orden jurídico.<sup>62</sup> Frente a las indeterminaciones, vaivenes y sectorialización de la legislación, donde no siempre se ha podido consagrar en el panorama que componen los diversos ordenamientos jurídico-administrativos, a nivel normativo, un criterio preciso sobre la idea de obra pública en algunos de esos ordenamientos, ha sido la jurisprudencia administrativa, en razón de las necesidades de su actuación jurisdiccional, la que ha aportado sustancialmente al desgajamiento, a esos efectos en concreto, de los trazos esenciales de la noción de obra pública; que luego han sido tomados por la doctrina, como uno de los materiales esenciales, amalgamado con lo establecido en la legislación correspondiente para las construcciones teóricas que al respecto ha elaborado.

<sup>61</sup> Resumía ROLLAND sobre la definición de *travail public* que: “[...] Elle n’est cependant donnée par aucun texte. Elle résulte d’une évolution assez longue de la jurisprudence. Celle-ci a d’abord lié étroitement les notions de travail public et de domanialité publique. Le travail public était un travail portant sur un immeuble du domaine public. La définition a été ensuite étendue au travail portant sur une propriété immobilière privée se trouvant affectée à un service public (Const. D’Ét. 28 nov. 1903, Genselet, Rec., p. 739). Ultérieurement, la jurisprudence a étendue la définition au travail fait pour la compte d’une personne morale de droit public sur une dépendance domaniale ou sur une propriété immobilière privée utilisée pour une entreprise privée d’intérêt public. Finalement est considéré actuellement comme travail public tout travail de construction, d’aménagement ou d’entretien d’un immeuble exécuté pour le compte d’une personne morale de droit public dans un intérêt public. Il résulte de là que plusieurs conditions sont nécessaires, mais suffisantes pour qu’il y ait travail public”. Ver ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1947, p. 548.

<sup>62</sup> En un viejo texto especializado francés, su autor advertía (en conclusión que trascendió a la realidad normativa del siglo xx y lo surcó, y que en sentido similar ha sido señalada por la doctrina de ese país en diferentes momentos hasta hoy) que: “L’expression ‘travaux publics’ se trouve dans plusieurs textes de lois, notamment dans le décret des 7-11 octobre de 1790, dans le article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui a attribué aux Conseil de préfecture tout le contentieux de ces travaux, et dans l’article 3 de la loi du 3 de mai 1841 sur l’expropriation pour cause d’utilité publique. Mais nulle part le législateur n’en a donné la définition”. Ver CHRISTOPHLE, Albert, 10<sup>e</sup> éd. par Paul AUGER, ob. cit., p. 1.

Por tales razones, en Francia se ha llegado a advertir la importancia que ha tenido la jurisprudencia en la conformación de la noción jurídica de obra pública (trabajos públicos);<sup>63</sup> señalándose expresamente el “carácter jurisprudencial de la noción de obra pública” (trabajos públicos)<sup>64</sup> y concluyéndose, desde antiguo, que ante la laguna dejada por el legislador en la definición de obra pública es necesario “recurrir a los pronunciamientos de la doctrina y de la jurisprudencia”,<sup>65</sup> o que “la definición resulta entonces de la doctrina y de la jurisprudencia”.<sup>66</sup>

Así las cosas, y recordando, como ya vimos en páginas anteriores, que la obra pública ha servido desde antiguo como un criterio de determinación competencial de la jurisdicción administrativa o contencioso-administrativa, los moldes conceptuales de la obra pública no han permanecido inmutables, sino que se han movido, evolucionado, al ritmo de los contextos materiales y jurisdiccionales administrativos.

De tal suerte, la idea de obra pública no siempre ha operado con el mismo alcance, sino que ha visto mover sus contornos definatorios, para encuadrar ciertas situaciones de hecho dentro de sus marcos sustanciales jurídicos y aplicarles los cánones de la particular tutela jurídico-administrativa que implica y, a partir de ahí, atraer hacia la competencia del juez administrativo el conocimiento de las cuestiones litigiosas que en ellas se susciten y que les tengan por centro.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Ver, por ejemplo, lo expuesto por CHRISTOPHLE, Albert, 10<sup>e</sup> éd. par Paul AUGER, ob. cit., p. 1; ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, ob. cit., pp. 547 y 548; PRIEUX, Henri, *Traité pratique de Droit de travaux publics*, Premier Volume, 4<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, Éditions du Moniteur des Travaux Publics, Paris, 1954, p. 41; JOSSE, P. L., *Les travaux publics...*, ob. cit., p. 7; DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 2, ob. cit., p. 340; AUBY, Jean-Marie, Pierre BON, Jean Bernard AUBY y Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 197; DEBBASCH, C., J. BOURDON, J.-M. PONTIER y J.-C. RICCI, *Droit administratif...*, ob. cit., p. 311; PEISER, Gustave, *Droit administratif...*, ob. cit., p. 108; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de...*, ob. cit., pp. 610 y 611; FOULQUIER, Norbert, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 499; BOUSSARD, Sabine y Christophe LE BERRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 253.

<sup>64</sup> V.gr., DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 2, ob. cit., p. 340; AUBY, Jean-Marie, Pierre BON, Jean Bernard AUBY y Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 197.

<sup>65</sup> CHRISTOPHLE, Albert, 10<sup>e</sup> éd. par Paul AUGER, ob. cit., p. 1.

<sup>66</sup> JOSSE, P. L., *Les travaux publics...*, ob. cit., p. 7.

<sup>67</sup> DUEZ y DEBEYRE reparaban en el hecho de que la jurisprudencia administrativa francesa había asumido una definición amplia de *travail public* (que denominaban *notion générale du travail public par nature*), apuntando que: “*Cette notion de travail public par nature est large et l’évolution de la jurisprudence au XIX<sup>e</sup> siècle a été dans le sens d’une extension progressive de cette notion. Pourquoi? A fin de maintenir la compétence administrative sur un contentieux afférent à une matière importante sans encombrer le Conseil d’État puisque le*

Según estimaba JOSSE, en razón de los pronunciamientos sobre la definición de trabajos públicos, en su momento elaborados por el Consejo de Estado y seguidos por la Corte de Casación francesa (*Req. Syndicat d'électricité de Seyssel*, 25 de marzo de 1935, D. P. 1937. 1. 17 y nota de BLAÉVËT):

*“... Cette définition, par l'accord des deux juridictions suprêmes, avait une valeur pratique; elle donnait certaine extension à la notion de travaux publics, beaucoup plus pour considérations d'opportunité que par une l'application de principes juridiques, afin de pouvoir soumettre aux règles d'un droit particulier, réservant les prérogatives de l'administration, tous les travaux présentant un intérêt général [...]”.*<sup>68</sup>

Es así que la noción de obra pública, tanto a efectos sustanciales como jurisprudenciales, ha podido funcionar y desplegar una vis expansiva o extensiva en su alcance, expandiendo o excediendo sus contornos esenciales, ampliando el contenido material que cubre formalmente como categoría jurídica y extendiendo a ese contenido la específica tutela jurídica que como régimen de Derecho implica. En razón de esa vis expansiva o extensiva, en su tracto histórico como noción jurídicamente relevante para lo administrativo, ella ha funcionado con un carácter atractivo o con una vis atractiva para justificar la inclusión de situaciones dentro del específico régimen de las obras públicas (Derechos de los trabajos públicos) y, así, dentro de la competencia del juez administrativo.<sup>69</sup>

#### IV. La doble perspectiva de la noción de obra pública

Pudiera parecer, por la vieja prosapia que acompaña a la obra pública como institución del Derecho Administrativo, que estamos ante un tema que no reviste mayores dificultades. Sin embargo, por paradójico que parezca, la de obra pública es una definición jurídica compleja, comprensiva de una dualidad

---

*juge de première instance est le conseil de préfecture”.* Ver DUEZ, Paul y Guy DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 914.

<sup>68</sup> JOSSE, P. L., *Les travaux publics...*, ob. cit., pp. 7 y 8.

<sup>69</sup> Philippe GODFRIN y Michel DEGOFTE explicaban que al atribuir el *contentieux des travaux public* (contencioso de trabajos públicos o contencioso de obras públicas) a la jurisdicción administrativa, la competencia de atribución a esa jurisdicción obligó inmediatamente a definir con precisión la operación de trabajos públicos (obras públicas), y la jurisprudencia daría un contenido muy extensivo a esa noción, entre otras razones (en este caso la señalan como *raison doctrinale*), porque “[...] *Una simplification du contentieux sera obtenue en constituant un véritable bloc de compétences en matière de travaux publics au profit des conseils de préfecture. Tous les actes, juridique ou matérielles, qu'un lien, même ténu, rattache à l'exécution d'un travail public, relèveront du contrôle des conseils de préfecture. Tous les litiges relatifs, principalement ou accessoirement, à une opération de travail public seront de la compétence de cette juridiction. C'est cette politique jurisprudentielle qui est à l'origine du caractère attractif des notions de travail public et d'ouvrage public”.* Ver GODFRIN, Philippe y Michel DEGOFTE, *Droit administratif des biens...*, ob. cit., p. 238.

de enfoques, que no ha estado exenta de dificultades en los intentos por fijarla y cuyo planteamiento jurídico ha estado sujeto al manejo de elementos configuradores diversos, no siempre coincidentes.<sup>70</sup> Todo ello, además de la dificultad, sugiere un panorama conceptual diverso y matizado, donde para apreciar consecuente y coherentemente lo que en él ha acontecido deben tenerse en cuenta los postulados normativos, jurisprudenciales y doctrinales, y las particularidades de los distintos ordenamientos jurídicos.

Dentro de las formulaciones doctrinales sobre la noción jurídica de obra pública, se han adoptado al menos dos perspectivas: una perspectiva más unitaria y otra que entraña en sí una orientación bidireccional de ese concepto, aun cuando en algunos autores llega a primar un sentido u otro a pesar de esa dirección dual. Esta diferencia de perspectivas, si bien ha ayudado a la comprensión del universo jurídico que enmarca, ha tributado también a la complejidad que acompaña a la noción que analizamos.

Desde los viejos textos de Derecho Administrativo (tanto del siglo XIX como de inicios del XX), pueden encontrarse definiciones de obra pública que entrañan un sentido más unitario de su idea; y, dentro de ello, hay definiciones de diversa índole, ya más sintéticas, ya más descriptivas, ya con cierto grado de abstracción.

Uno de los conceptos más tempranos de *travaux publics* (obras públicas) que alcanzó resonancia en su época dentro del mundo jurídico administrativo que recibió la influencia directa de Francia fue el dado por el francés TARBÉ DE VAUXCLAIRS, en su *Dictionnaire des travaux publics*, donde les recogía como

*“Ceux qui intéressent l’universalité des habitants du royaume, d’un département, d’une commune [...], lorsque cette utilité n’a pas le caractère de la propriété privée, et surtout lorsqu’il y a eu préalablement déclaration d’utilité publique”.*<sup>71</sup>

Contrástese esa definición con la que se planteara el español Alejandro OLIVÁN:

“... Se entienden regularmente por obras públicas las que interesan á la generalidad de los habitantes de la nación, de una provincia, y aun de un

<sup>70</sup> Apreciaba CRETELLA JÚNIOR, que la expresión obra pública era “[...] expressão de fácil entendimento, na aparência, mas de sentido complexo quando considerada sob o rigor da técnica jurídica, que procura fixar-lhe o sentido exato”. Cfr. CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, *Contratos administrativos*, Companhia Editora Forense, Rio-São Paulo, 1967, p. 87.

<sup>71</sup> TARBÉ DE VAUXCLAIRS, *Dictionnaire des travaux publics*, P. Carilian-Goeury, Paris, 1835.

concejo, cuando el interés ó la utilidad no proceden de propiedad patrimonial ó privada”.<sup>72</sup>

En la España decimonónica, la concepción de *obra pública* estuvo dominada, en buena parte, por la noción que se introdujo a través de la letra de dos disposiciones jurídicas: primero la Instrucción de 1845 y luego la Ley de Obras Públicas de 1877, trascendiendo la dominación de esta última a una parte destacable del siglo xx.

Manuel COLMEIRO seguía el art. 1 de la Instrucción aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845 y definía las obras públicas de la manera siguiente:

“Llámanse obras públicas todas las de utilidad común que la administración ejecuta por sí misma, en cuya categoría se comprenden los caminos, los canales de navegación, de riego y desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno ó más pueblos, la navegación de los ríos y otras cualesquiera construcciones relativas á satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general”.<sup>73</sup>

Al amparo de la Ley de Obras Públicas de 1877, Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES acuñaba:

“Se entiende por obras públicas para los efectos de la ley, las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas á servicios que se hallen á cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos”.<sup>74</sup>

Para otro español, VICO Y BRABO:

“... obras públicas son todas las construcciones que tienen por objeto la utilidad común, como son los caminos ya indicados, los acueductos, etc. [...]”.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> OLIVÁN, Alejandro, *De la Administración Pública...*, ob. cit., p. 138. Véase, en nuestro lado del Atlántico, por ejemplo, al peruano Manuel Atanasio FUENTES, que sigue expresamente a TARBÉ DE VAUXCLAIRS en: FUENTES, Manuel Atanasio, *Compendio del Derecho Administrativo*, Librería de Rosa y Bouzet, Paris, 1865 (consultado como: FUENTES, Manuel Atanasio, “Compendio de Derecho Administrativo (2ª y última parte)”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 8, No. 15, julio-diciembre, 2007, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, pp. 199 y 200).

<sup>73</sup> COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo español*, t. II, 3ª ed., Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1865, p. 55.

<sup>74</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 7ª ed., Imprenta Española, Madrid, 1911, p. 711. Igualmente, entre otros: ABELLA, Fermín, *Tratado de Derecho...*, II, ob. cit., pp. 1175 y 1176; MELLADO, Fernando, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1899, p. 624; GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios...*, I, ob. cit., p. 246; ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, t. II, 21ª ed. corregida y aumentada por Segismundo ROYO-VILLANOVA, Librería Santarán, Valladolid, 1948, p. 840.

<sup>75</sup> VICO Y BRABO, Juan de Dios, *Estudios elementales de Derecho Político y Administrativo español*, Imprenta de F. de los Reyes, Granada, 1879, p. 354.

Según estableciera Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO:

“... resultan caracterizadas las obras públicas: 1º, porque dependen del Estado, entendido en amplio sentido, o sea también de la Provincia o del Municipio; 2º, porque se destinan al uso y aprovechamiento general o a construcciones que se hallen a cargo directo del Estado mismo; 3º, porque afectan a un inmueble: a su construcción, a su reparación o a su sostenimiento [...]”.<sup>76</sup>

En opinión de Carlos GARCÍA OVIEDO:

“Son obras públicas pues las ejecutadas por un organismo administrativo o por su encargo con un fin inmediato de utilidad pública”.<sup>77</sup>

Del lado latinoamericano, el argentino Ramón FERREYRA, acuñaba que

“... Las obras públicas nacionales son las costeadas por el Tesoro nacional: el Gobierno las puede adquirir por compra donación o edificación; son de dos clases: o existen en territorio nacional o en territorio de las provincias. Las primeras son del dominio pleno de la nación; en las segundas tiene la propiedad en los edificios no en el suelo que pertenece al Gobierno local con una especie de servidumbre real, como una carga inherente a las facultades delegadas y exclusivas al gobierno nacional”.<sup>78</sup>

El mexicano DEL CASTILLO VELASCO, con clara impronta hispánica (véase su coincidencia exacta con la noción referida por COLMEIRO) al respecto,

“Llámase obras públicas todas las de utilidad común que la administración ejecuta por sí misma, en cuya categoría se comprenden los caminos, los canales de navegación, de riego y desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno ó más pueblos, la navegación de los ríos y otras cualesquiera construcciones relativas á satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general”.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 80.

<sup>77</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 6ª ed. por Enrique Martínez Useros, E.I.S.A., Madrid, 1957, p. 504.

<sup>78</sup> FERREYRA, Ramón, *Derecho Administrativo general y argentino*, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos-Aires, 1866, pp. 246 y 247.

<sup>79</sup> DEL CASTILLO VELASCO, José María, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo mexicano*, t. II, facsímil (1ª ed. 1874), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1994, p. 24.

En la literatura jurídica peruana, LEÓN Y LEÓN se refería a las obras públicas en los términos siguientes:

“Llámase obras públicas de utilidad común, las que satisfacen una necesidad o conveniencia general y que se mandan hacer directamente por la Administración, ó indirectamente, encargándolas á personas particulares, mediante condiciones [...]”.<sup>80</sup>

Otro mexicano, CASTRO ESTRADA, hubo de entender que:

“Las obras públicas son las ejecutadas por el Estado, o por un particular por encargo suyo, con un fin inmediato de utilidad pública”.<sup>81</sup>

Por su parte, DANA MONTAÑO decía que las obras públicas eran las destinadas a la utilidad pública;<sup>82</sup> mientras Osvaldo M. BEZZI acuñaba como concepto de obras públicas el siguiente:

“Obras públicas son aquellas realizadas por el Estado directamente o por contratistas, siendo indiferente su afectación al uso público –dominio público– o su incorporación al dominio privado del Estado”.<sup>83</sup>

Con independencia de esas definiciones ilustradas, la complejidad en torno al estudio de la noción de obra pública no queda solo en la diversidad de elementos esenciales que se han esgrimido, en los últimos dos siglos y pocos más, para sostenerla, sino que, como ya dijimos, ella se manifiesta también en el hecho de que esa noción ha revestido y reviste, tanto en su dimensión legislativa, como jurisprudencial y doctrinal, un uso en una doble perspectiva o en un doble sentido.

En efecto, una peculiaridad que envuelve a la noción de obra pública dentro del campo jurídico, es que esta no se ha asumido de manera unívoca, sino que la misma ha comprendido un doble sentido o alcance. Por lo tanto, puede decirse que la obra pública, como noción jurídica, encierra en sí dos acepciones o perspectivas; y así se ha consagrado en los ordenamientos donde se dan recursos nominativos propios, en los que juegan las peculiaridades del lenguaje y las influencias jurídicas que alcanzan, asimismo, a la composición nominal de lo que tratamos como *obra pública*.

<sup>80</sup> LEÓN Y LEÓN, Federico, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, E. Moreno Editor, Lima, 1897, p. 269.

<sup>81</sup> CASTRO ESTRADA, José, *Derecho Administrativo, Apuntes de las clases impartidas por José Castro Estrada en 1937*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Ciudad de México, 2018, p. 409.

<sup>82</sup> DANA MONTAÑO, Salvador M., *Elementos de Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Talleres Gráficos Martínez Hnos., Santa Fe, 1931, p. 67.

<sup>83</sup> BEZZI, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires, 1982, p. 11.

De hecho, es importante atenerse a esa dualidad de perspectivas cuando se trata de encarar la noción de obra pública, pues solo desde esa dualidad podrá tenerse una comprensión jurídica correcta y más cabal de ese fenómeno. Pretender mirar únicamente a la definición de obra pública prescindiendo de la dualidad que comporta, comprendiendo en ella un único sentido –en el que se sacrifique o privilegie una de las dos perspectivas objetivas que abarca–, o buscando reunir de manera unitaria el doble sentido que entraña, resulta una idea incompleta, imprecisa e inadecuada, que no conduce a un planteamiento y comprensión jurídicas coherentes de la cuestión. Esa ha sido una crítica que desde hace décadas se viene haciendo a quienes no han considerado en su justa medida esa dualidad.<sup>84</sup>

Para el caso de Francia, que es paradigmático atendiendo al desarrollo de su *Derecho de obras públicas*, con mayor propiedad, *Derecho de trabajos públicos*, y a la influencia que desplegó en otros ordenamientos jurídicos, especialmente iberoamericanos, tradicionalmente se han distinguido dos nociones de *trabajo público* (*travail public*, corresponde a esta voz y no a la de *ouvrage public*, que puede traducirse a nuestro idioma, estrictamente, como *obra pública*), donde una de esas nociones se identifica luego con la de *ouvrage public* (*obra pública*). Por lo tanto, aquí el recurso nominativo de referencia no es el de *ouvrage public*, sino el de *travail public*.

En un interesante ejercicio en el marco de una de sus célebres notas de jurisprudencia (al *arrêt Espitalier*, de 10 de noviembre de 1900, del Tribunal de Conflictos de Francia), partiendo del repaso de la noción de *travaux publics* que habían establecido autores franceses del siglo XIX –pero que, creemos hoy nosotros, puede entenderse a autores de otras latitudes– Maurice HAURIOU, a la vista de esas nociones, ya comentaba tempranamente que:

*“... on avait une idée qui apparaît dans les exemples que choisissent les auteurs dans leurs explications; ces exemples sont toujours des constructions, et il est facile de s’en rendre compte en parcourant les ouvrages que*

<sup>84</sup> Sobre esto último ya tomaba nota René CAPITANT en un importante trabajo sobre el tema, cuando repasaba, a propósito de la definición de *travail public* que por aquel entonces hacía fortuna en el Derecho Administrativo francés, desgajada de las conclusiones del comisario de gobierno CORNIELLE en el *arrêt Monségur*, del Consejo de Estado de 10 de junio de 1921: *“Si la notion de travail public est doublé, en effet, comme il est certain, la théorie qui précède est évidemment incomplète en proposant une seule définition. Elle est même inexacte, car son vice n’est pas de définir une seule des deux notions, mais de définir les deux notions en une. Cette erreur initiale est la source de beaucoup d’autres. Car la dualité de la notion, pour être méconnue, n’en produit pas moins ses effets, qui s’imposent au juriste, qui réclament une explication, mais qui ne peuvent en trouver une que dans la dualité dont ils découlent. L’affirmation de l’autonomie de la notion de travail public, notamment, n’est qu’un essai malheureux d’explication de ces effets. Les auteurs ont pris pour autonomie ce qui était dualité”*. Ver CAPITANT, René, “La double notion...”, ob. cit., p. 508.

*nous venons de citer. De telle sorte que, sans que cela eût été dit expressément, on peut affirmer que, dans la pensée commune, l'opération de travaux publics éveillait l'idée d'une construction, et que l'ouvrage public était une chose construite [...]".<sup>85</sup>*

Según planteara René CAPITANT, en un clásico trabajo al respecto que, aunque añejo, aún conserva interés:

*"C'est le mot travail qui donne à l'expression sa double signification. Ce mot est pris, en effet, suivant les circonstances, dans un sens actif, ou dans un sens passif; il désigne une activité ou une chose, en langage d'économiste, un service ou un bien".<sup>86</sup>*

La doble noción conceptual es aquí, entonces, propia de la expresión *travail public* –y no de la *ouvrage public*–, en la que se ha identificado un sentido dinámico, activo, material, funcional, de actividad o estricto (*strictu sensu* o propiamente dicho, según la doctrina de ese país) y otro estático, pasivo, de resultado. En consecuencia, y bajo el doble enfoque, *travail public* sería tanto la actividad de naturaleza constructiva de la que se deriva un resultado material de carácter inmobiliario (*travail public* estrictamente considerado), como el bien inmueble resultado material de esa actividad de índole constructiva (*ouvrage public*); llegando, entonces, a ser equivalentes o sinónimos, en este segundo sentido, las expresiones *travail public* y *ouvrage public*.

En su conocida obra de carácter general, Maurice HAURIUO explicaba que es posible apreciar dos elementos en materia de *travaux publics*: 1) la operación de *travaux publics* con sus diversos procedimientos de ejecución (expropiación, contratos de obra, concesiones, etc.; y 2) la *ouvrage public*, que es a la vez la causa y el resultado de la operación de trabajo.<sup>87</sup>

A su turno, Charles BLAEVOET estimaba, al hilo de la jurisprudencia francesa de entonces, en expreso ejercicio de distinción, que:

*"... les ouvrages publics son ceux qui sont légalement ou administrativement affectés soit au fonctionnement des services publics, soit à l'usage du public, et que les travaux publics sont les opérations ou ensembles d'opérations qui tendent à la construction, à l'aménagement, à l'entretien ou à la réparation desdits ouvrages [...]".<sup>88</sup>*

<sup>85</sup> HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative...*, III, ob. cit., p. 375.

<sup>86</sup> CAPITANT, René, "La double notion...", ob. cit., p. 509.

<sup>87</sup> HAURIUO, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 755.

<sup>88</sup> BLAEVOET, Charles, "Des atteintes à la propriété privée en raison des travaux publics", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, t. XLVI, XXXVI<sup>e</sup> année, Marcel Giard Librairie-Éditeur, Paris, 1929, p. 54. Véase también, por ejemplo, las

La relación e identificación en un sentido, de ambas voces (*travail public* y *ouvrage public*), deriva de la conexión que se ha podido establecer entre las realidades materiales y jurídicas que ellas comportan, en tanto en un núcleo importante –aunque no en exclusiva– de lo que se ha venido entendiendo como *travail public* y como *ouvrage public*, el uno es una operación para ejecutar o crear la segunda, y esta es el resultado en el que desemboca el primero, teniendo una prevalencia en el Derecho francés la denominación de *travail public*, en tanto realidad material y jurídica más compleja y amplia que la que tiene la *ouvrage public*.

Según esclarecía JOSSE:

*“Le travail public aboutit normalement à la construction d’un ouvrage public et c’est la raison pour laquelle la jurisprudence emploie indistinctement ces deux expressions. En réalité, les mots ‘ouvrage public’ ont un sens propre qui définit le résultat normal du travail public. Mais il peut y avoir ouvrage public sans travail public. [...]. A l’inverse, il peut y avoir travail public sans ouvrage public [...]”*.<sup>89</sup>

Como bien se contiene en las palabras que acabamos de reproducir, se ha llamado la atención, desde el propio Derecho Administrativo francés, sobre el hecho de que esa visión no es del todo exacta, pues, a pesar de que las ideas de *travail public* y *ouvrage public* comportan aspectos en común, no siempre están en correspondencia, debido a que puede existir *travail public* que no de lugar a una *ouvrage public*, así como una *ouvrage public* que no provenga de un *travail public*; lo que hace que una y otra figuras tengan identidad propia y autonomía categorial desde el punto de vista jurídico;<sup>90</sup> y no deben ser ambas, completa o absolutamente, asimiladas, identificadas o confundidas entre sí.

Es importante anotar, como se hace en el pensamiento jurídico-administrativo francés, que la noción más estricta o dinámica de *travail public* se reconoce como una noción más amplia o con implicaciones más abarcadoras y complejas que la noción más estática (*ouvrage public*), por la realidad material que toca: un conjunto de acciones físicas sobre o que dan lugar a un bien inmueble. De ahí la mayor

---

nociones activa y pasiva que en relación con el *travail public* aportaba CAPITANT, René, “La double notion...”, ob. cit., pp. 510 y 523.

<sup>89</sup> JOSSE, P. L., *Les travaux publics...*, ob. cit., p. 32.

<sup>90</sup> Ver, entre otros, a CAPITANT, René, “La double notion...”, ob. cit., p. 529 y ss.; WALINE, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1952, p. 468 y ss., especialmente p. 472; DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 2, ob. cit., p. 356 y ss.; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, ob. cit., p. 561 y ss.; PEISER, Gustave, *Droit administratif...*, ob. cit., pp. 114 y 115; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de...*, ob. cit., p. 611 y ss.; GODFRIN, Phillippe y Michel DEGOFTE, *Droit administratif des biens...*, ob. cit., p. 246 y ss.; AUBY, Jean-Marie, Pierre BON, Jean Bernard AUBY y Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 216 y ss.; BOUSSARD, Sabine y Christophe LE BERRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 255.

atención que se le hubo de dispensar a esa perspectiva dentro del universo del *Droit de travaux publics* como subsistema jurídico —en donde se colocan ambas, objetivamente consideradas—, y el predominio del uso de la expresión *travail public* dentro de ese contexto jurídico, aun para abarcar lo que se tiene hoy por *ouvrage public*, llegó en un momento a ser tal, que poco o nada se atendió —científicamente hablando— la otra perspectiva (estática) del fenómeno (la *ouvrage public*).

En relación con eso, estudiosos franceses del tema han aseverado sobre el término *ouvrage public* que

“... Toutefois, jusqu’à une époque récente, ce terme ne comportait aucune signification autonome par rapport à la notion de travail public stricto sensu. On y voyait le résultat matériel de l’exécution d’un travail public et les règles juridiques établies à propos de ce dernier paraissaient pouvoir s’étendre sans difficulté à l’ouvrage auquel aboutissait le travail”.<sup>91</sup>

Ello explica que autores como la profesora MORAND-DEVILLER, frente a la constatación de ese panorama, hayan podido afirmar que “la *ouvrage public* ha estado largo tiempo absorbida por la noción de *travaux publics*”,<sup>92</sup> o que se le haya endilgado el eslogan de que la *ouvrage public* es “la mal amada del Derecho Administrativo de bienes”.<sup>93</sup>

Ello no solo se manifestó en el Derecho francés, sino que se proyectó más allá de esas fronteras, en ordenamientos europeos y latinoamericanos. De esa forma, se privilegió o se puso el acento, prácticamente en exclusiva, en la idea de *trabajo público* u *obra pública* como una actividad, invisibilizándose en gran medida el lado estático o de resultado, incluso a efectos de los estudios teórico-prácticos alrededor de las cuestiones del *Derecho de los trabajos públicos* o *Derecho de las obras públicas*.<sup>94</sup>

En relación con lo dicho, en el Derecho cubano, uno de sus principales exponentes en la primera mitad del siglo XX, explicaba en sus clases:

**“La Obra Pública es toda operación material realizada por una persona o entidad administrativa —el Estado, la Provincia o el Municipio— o por**

<sup>91</sup> AUBY, Jean-Marie, Pierre BON, Jean Bernard AUBY y Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 212.

<sup>92</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de...*, ob. cit., p. 611.

<sup>93</sup> PETIT y EVEILLARD, *L’ouvrage public*, LexisNexis, Paris, 2009, p. XI; citado por FOULQUIER, Norbert, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 513.

<sup>94</sup> Véase, por ejemplo, el tratamiento que sobre los *travaux publics* desplegaron en el Derecho francés autores como BONNARD, Roger, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1926, p. 308 y ss.; ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, ob. cit., p. 547 y ss.; DUEZ, Paul y Guy DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, ob. cit., pp. 914; PRIEUX, Henri, *Traité pratique de...*, ob. cit., p. 41 y ss.

**particulares en relación con dicha entidad debidamente autorizados por el Poder Público con un fin de interés colectivo y con cargo al Presupuesto correspondiente”<sup>95</sup>.**

En el área iberoamericana, en lo que puede leerse como la recepción, en diverso grado, de la influencia francesa al respecto, hay algún que otro autor—sobre todo entre los de cierta antigüedad ya, especialmente de fines del siglo XIX y principios del XX— que, en menor medida, ha identificado expresamente el uso de las locuciones *obra pública* y *trabajo público*, reconociendo sinonimia entre ellas;<sup>96</sup> incluso prefiriendo o asumiendo el uso de la segunda por sobre la primera.

Por ejemplo, escribía VARELA—en clara identificación de ambas voces— que:

“Nuestra legislación se ha referido repetidas veces á las *obras ó trabajos públicos*, pero hasta ahora nos ha dicho ni explicado en forma alguna lo que por tales entiende, ni en qué se distinguen de las obras de carácter privado ó de derecho común”.<sup>97</sup>

Para luego definir:

“... son obras ó trabajos públicos las construcciones destinadas á los diferentes servicios que la Administración tiene á su cargo, y las de uso y aprovechamiento general que se ejecutan por la iniciativa ó con la autorización y bajo la especial vigilancia de la autoridad pública”.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo R., *Tratado de Derecho Administrativo*, con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA, t. II, 13ª ed., Imprenta J. Hernández Lapido, Habana, 1926, pp. 233 y 234 (negritas en el original).

<sup>96</sup> MARIENHOFF recordaba, refiriéndose a otro autor argentino, Homero C. BIBILONI [*Legislación de obras públicas. Anteproyecto de Código y consolidación metodizada del derecho vigente en la Provincia de Buenos Aires (Rep. Argentina)*], La Plata, 1958, p. 10], que “[...] con acierto se ha dicho que en nuestro idioma al expresión ‘trabajos públicos’ aparece como sinonimia de la locución ‘obras públicas’”. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, III-B, ob. cit., p. 507. En talante más actual, la profesora uruguaya Cristina VÁZQUEZ estimaba “[...] necesario señalar que—tal como surge del Diccionario de la Real Academia Española—tanto la voz ‘trabajo’ como la voz ‘obra’ designan a la cosa hecha o producida, pero también a la actividad que requiere la ejecución de una cosa. En consecuencia, resulta correcto—desde el punto de vista del lenguaje—el empleo de cualquiera de ambas expresiones para aludir a la operación o a su resultado”; y a renglón seguido puntualizaba: “Consideramos procedente la distinción conceptual entre ambos, ya que responden a ontologías diversas. Sin perjuicio de ello, convendremos en utilizar la expresión ‘obra pública’ para referir tanto a la cosa producida (noción pasiva), en virtud de que tal expresión—aunque anfibológica—es la habitualmente empleada en el Derecho positivo y por la mayoría de la doctrina”. Vid. VÁZQUEZ, Cristina, *Contratación de obra pública*, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2011, p. 30.

<sup>97</sup> VARELA, Luis, “Apuntes...”, ob. cit., p. 73. Véase cómo se expresaba luego en su análisis de lo que catalogaba como “Concepto y división de los trabajos públicos”, en ob. cit., p. 73 y ss.

<sup>98</sup> VARELA, Luis, “Apuntes...”, ob. cit., p. 77.

En la línea de identificación, se movió también el chileno AMUNÁTEGUI RIVERA (con referencia al italiano GIANQUINTO), al acuñar:

“La designación de *obras públicas* o *trabajos públicos* se aplica a todos aquellos que tienen por objeto la utilidad pública, un fin de utilidad material, común a todos, sin que se tome nota de quien los ejecuta”.<sup>99</sup>

A su turno, José CANASI, examinando previamente las distinciones doctrinales entre obra pública y trabajo público, se decantaba por una definición de obra pública en los términos siguientes:

“... puede definirse la obra pública como toda obra o trabajo público realizado por la administración pública, directa o indirectamente, con un fin público o de utilidad pública”.<sup>100</sup>

En contraste con esta orientación ilustrada, también en la literatura jurídica iberoamericana hay otros estudiosos que han recogido directamente la distinción entre *trabajo público* y *obra pública*, ya con referencia o sin ella a los postulados al respecto de la doctrina francesa.<sup>101</sup>

En esa orientación, CRETELLA JÚNIOR es de los que ha observado que

*“É evidente que obra não se confunde com trabalho, do mesmo modo que criatura não se confunde com operação dinâmica criadora, pois ao passo que a primeira é o resultado final a que conduz o segundo, este último —o trabalho— é a atividade que converge para um momento preciso, o instante final de concretização da obra”*.<sup>102</sup>

<sup>99</sup> AMUNÁTEGUI RIVERA, J. Domingo, *Resumen de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*, Imprenta y Litografía “La Razón”, Montevideo, 1900, p. 384.

<sup>100</sup> CANASI, José, *Derecho Administrativo*, vol. II, *Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 619.

<sup>101</sup> Ver, por ejemplo, BULLRICH, Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Editor Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, pp. 232 y 233; RIEFFOLO BESSONE, José F., *Contrato de obra pública*, Librería “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1946, p. 40 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 2ª ed. puesta al día por Daniel H. Martins, impresa en los Talleres Gráficos, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1972, pp. 86 y 87; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, III-B, ob. cit., pp. 507 y 508; CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, III, ob. cit., pp. 88 y 89; GORDILLO, Agustín, “Capítulo III. Obra pública y contrato de obra pública”, en AA.VV., *Contratos administrativos. Regímenes de pago y actualización*, t. II, reimpresión, Asociación Argentina de Derecho Administrativo (A.A.D.A.), Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 1982, p. 45 (la versión original de este trabajo se publicó en *Ressegna dei lavori pubblici*, No. 5, mayo, 1964, Roma); BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t. 1, *Parte general. Consorcios. Concesión de obra pública*, Ábaco, de Rodolfo Depalma s.r.l., Buenos Aires, 1984, p. 64 y ss.; VÁZQUEZ, Cristina, *Contratación...*, ob. cit., p. 27 y ss.

<sup>102</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, III, ob. cit., p. 88.

Por su parte, el argentino Rodolfo Carlos BARRA acotaba que la doctrina distinga dos conceptos: el *trabajo público* y la *obra pública*;<sup>103</sup> para luego indicar:

“De tal manera es posible definir la obra pública como el *resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente a un cometido público y cuya ejecución es de competencia de un ente público.*”

“Dado que la obra pública es el objeto del trabajo público, este último será el *procedimiento técnico y jurídico destinado a la obtención de una obra pública*”.<sup>104</sup>

Además de los matices señalados, ya asimilando obra pública y trabajo público, ya distinguiendo entre ambos propiamente, no ha faltado quien, a tenor de la dualidad de nociones que puede implicar la idea de obra pública, acogen la identificación de obra pública y trabajo público con una de las acepciones que jurídicamente se le asigna a dicha obra, esto es, en su vertiente más dinámica o como actividad.

En razón de la anterior, podemos traer a colación al cubano Antonio LANCÍS Y SÁNCHEZ, cuando explicaba:

“Las obras públicas tienen un doble aspecto según se contraiga a las propiamente denominadas así, como a las que, en el campo doctrinal, se denominan trabajos públicos”.<sup>105</sup>

De igual modo, podemos recordar a Roberto DROMI (argentino) cuando estampaba:

“La denominación *trabajo público* puede referirse a la obra pública, en tanto ésta supone una actividad encaminada a un resultado final: la obra que realiza un órgano público, estatal o no. En nuestro ordenamiento puede considerarse que hay una identificación entre obra y trabajo público. Sin

<sup>103</sup> BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, 1, ob. cit., p. 64. Unas líneas después (pp. 65 y 66), BARRA añadía: “Para destacar la diferencia entre las dos nociones—trabajo público y obra pública— puede señalarse, siguiendo a Roehrsen, que el trabajo público puede no crear una *res nova*, sino sólo conservar o modificar una obra pública ya existente. Por ello el ‘trabajo público’ es una noción de contenido más vasto que la de ‘obra pública’, de tal manera que puede afirmarse que el primero es el concepto principal, *el que jurídicamente determina el contrato*, que, teniendo como contenido u objeto la ejecución de un trabajo público, será *contrato de obra pública*, en el sentido jurídico del término, aunque no concluya en una obra pública propiamente dicha”.

<sup>104</sup> BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, 1, ob. cit., p. 67.

<sup>105</sup> LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, ob. cit., p. 449.

embargo, puede ocurrir que el *trabajo* sea realizado por una entidad privada, por lo cual no podría, en principio, calificársele de público, aunque sí luego si se produce el traslado a la órbita del Estado o se lo afecta al cumplimiento de un fin de utilidad general. Ahora bien, si el *trabajo* fuera ejecutado por un ente *público no estatal*, podría, desde el punto de vista orgánico o subjetivo, adjetivársele de público”.<sup>106</sup>

En definitiva, y al amparo de las particularidades que acompañan nuestro idioma (castellano), y además el portugués, la expresión que ha tenido carta de naturaleza en el aparato técnico-jurídico (legislación, jurisprudencia y doctrina) de nuestro ambiente cultural es la de *obra pública*, la cual ha operado, como recurso lingüístico, en una línea de correspondencia o semejanza a lo que en el Derecho Administrativo francés ha sido la de *travail public*.

Así, en los usos del lenguaje en español, la dualidad de enfoques de la noción de *obra pública* es el resultado de la dualidad de perspectivas que encierra el vocablo *obra*,<sup>107</sup> el cual puede ser tenido como una actividad en función de generar un resultado, cuanto el resultado mismo de una actividad.<sup>108</sup>

De tal suerte, la noción de *obra pública* es alcanzada por un doble sentido en el que puede enfocarse: un sentido dinámico, activo, material, funcional, de actividad, de ejecución o estricto y otro estático, pasivo, de resultado, producto, cosa o bien resultante.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12ª ed., Ciudad Argentina, Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2009, pp. 581 y 582.

<sup>107</sup> Cierta grado de particularidad en sus planteamientos demostraba Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando en su clásico trabajo sobre las obras públicas discurría: “En las páginas precedentes hemos venido utilizando alternativamente las expresiones ‘obra pública’ y ‘obras públicas’ como si de sinónimos se tratara. Es posible, sin embargo, distinguir entre ambas. Así lo hace, por ejemplo, la doctrina francesa tradicional utilizando, incluso, a estos efectos dos expresiones diferentes: *travaux publics* y *ouvrage public*. La primera de ellas alude a las operaciones que dan lugar a la obra pública propiamente dicha y a todas las actividades que dichas operaciones exigen: ofertas y concursos, ocupaciones temporales, requisas, concesiones, etc. La obra pública, en cuanto producto resultante de esas operaciones, se independiza de éstas una vez concluida y afirma su intangibilidad a todo evento, cualesquiera que sean, por ejemplo, las irregularidades afectantes al procedimiento que ha dado lugar a ella”. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., pp. 2447 y 2448.

<sup>108</sup> Según comentaba BERNAL BLAY, en relación con el caso de España: “[...] una de las particularidades del Derecho español es que en el mismo se utiliza idéntico vocablo, ‘obra’, para referirse a las dos vertientes antes apuntadas, la estática y la dinámica [...]”. Vid. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 175 y 176.

<sup>109</sup> En un conocido trabajo, Agustín GORDILLO identificaba que: “La locución ‘obra pública’ no es empleada con un significado único: la simplificación del lenguaje ha hecho que se designe con tal nombre a dos conceptos jurídicos que, si bien están relacionados en alguna medida,

Ilustrativo de lo anterior resulta lo expuesto por el maestro uruguayo SAYAGUÉS LASO, al precisar:

“La expresión ‘obra pública’ se utiliza con dos significados diferentes que suelen confundirse y es necesario distinguir. En un primer sentido indica ciertos *trabajos* sobre bienes inmuebles que la administración ejecuta o que se realizan por su cuenta; en un segundo sentido alude al *resultado* obtenido, es decir, la obra pública construida.

”En la primera acepción puede definirse como todo trabajo o labor de construcción, modificación, reparación o mantenimiento de un bien inmueble, realizada por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios.

”En la segunda acepción, obras públicas son todas las obras de naturaleza inmueble construidas por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios.

”Como es fácil percibir, hay estrecha correlación entre ambos conceptos; pero no coincidencia total, de modo que pudieran confundirse”.<sup>110</sup>

También puede invocarse aquí al brasileño CRETELLA JÚNIOR, cuando sostuvo:

“Assim, num primeiro sentido, *obra pública é toda atividade ou operação sobre bem imóvel*; num segundo sentido, é o próprio *resultado final atingido*, o seja, *a metamorfose exercida sobre o imóvel, acrescentando-lhe algo ou alterando-lhe a primitiva fisionomia*”.<sup>111</sup>

Entre los estudiosos españoles tampoco se han dejado de destacar

“... las dos perspectivas desde las que cabe observar la noción de obra pública, perspectivas que lucen ya en las definiciones recogidas por nuestra legislación decimonónica citada. De una parte, como *actividad de ejecución*. Así se desprende de la Instrucción de 1845, a tenor de la cual ‘se consideran obras públicas [...] cualesquiera [...] *construcciones que se ejecuten* para satisfacer objetivos de necesidad o conveniencia general’;

---

tiene sin embargo fundamentales diferencias entre sí”. GORDILLO, Agustín, “Capítulo III. Obra pública...”, ob. cit., p. 45.

<sup>110</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, ob. cit., pp. 86 y 87. Otro uruguayo, Carlos DELPIAZZO, señalaba que: “Doctrinariamente, suele diferenciarse entre una noción pasiva y una noción activa de obra pública. La primera de ellas refiere a la cosa producida y la segunda alude a la labor que requiere la ejecución de la obra pública”. *Vid.* DELPIAZZO, Carlos E., *Contratación Administrativa*, 2ª ed., Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 267. Véase lo que concluía VÁZQUEZ, Cristina, *Contratación...*, ob. cit., p. 30. También el criterio que fijaba BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, 2ª ed. actualizada y ampliada, Thomson Reuters, La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015, pp. 17 y 18.

<sup>111</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, III, ob. cit., p. 88.

de otra parte, como *resultado*. Así se recoge en el artículo 1 de la Ley de Obras Públicas cuando establece que ‘se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento’.<sup>112</sup>

Ahora bien, más allá del reconocimiento que puede ubicarse en la doctrina mayoritaria del hecho que a la noción jurídica de obra pública le acompaña una doble perspectiva, no puede pasar por alto la circunstancia de que, al tiempo de fijar esa noción, hay autores que se decantan por una u otra perspectiva, por lo que enfocan la noción, particularmente, ya desde la dimensión de actividad, ya desde la dimensión de resultado (cosa o bien).

Esto es algo que para nada resulta infrecuente cuando se recorre la literatura jurídico-administrativa, especialmente la iberoamericana. Por supuesto, ello tiene que ver también con las características de los diversos ordenamientos jurídicos en que ello se presenta, así como con las tendencias o preferencias de la legislación y la jurisprudencia que en ellos han tenido lugar.

Así las cosas, puede traerse a colación un grupo de autores que han establecido la noción de obra pública privilegiando en ella el sentido más dinámico o de actividad.

Para Marcello CAETANO:

*“... são obras públicas, os trabalhos de construção, grande reparação e adaptação de bens imóveis feitos total ou parcialmente por conta da Administração para fins de utilidade pública”.*<sup>113</sup>

Según BIELSA:

“En sentido lato, es obra pública toda construcción integral, y reparación realizada sea por la Administración pública, sea por concesionarios, sobre cosas (inmuebles o muebles) directa o indirectamente afectadas al uso público”.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Pablo y Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Análisis histórico-jurídico...”, ob. cit., pp. 40 y 41. Asimismo, advirtiendo la doble perspectiva de la noción de obra pública, entre otros, en el Derecho español: CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Configuración jurídica...”, ob. cit., pp. 396 y 397; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas...*, ob. cit., p. 88 y ss.; y BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de obras públicas...*, ob. cit., p. 174 y ss.

<sup>113</sup> CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 627. En el sentir de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO: “Considera-se obra pública a alteração física introduzida pelo trabalho humano, destinada a satisfazer de modo mediato, certos fins de interesse público. Além dessa acepção, de atividade, existe, ainda, a de resultado de atividade”. Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. revista e atualizada, Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 495.

<sup>114</sup> BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 5ª ed., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 349. Algo más adelante, el propio BIELSA (p. 350) escribía que: “En nuestro concepto es

Desde el Derecho brasileño, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ha entendido que:

*“Obra pública [...] é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público [...]”*.<sup>115</sup>

Según el parecer del chileno Patricio ALWYN:

“Generalmente se llama obra pública a cualquier trabajo o construcción de naturaleza inmueble que depende del Estado y se ejecuta con un fin público”.<sup>116</sup>

Finalmente, en el Derecho mexicano, Alfonso NAVA NEGRETE ha referido que:

“Entendemos por obra pública la acción, el servicio o el trabajo que decide llevar a cabo el Estado sobre bienes muebles o inmuebles, a fin de satisfacer necesidades públicas”.<sup>117</sup>

---

obra pública la que realiza el Estado (Nación, provincia o comuna) para la utilidad general, o sea, afectada al uso directo o indirecto de la colectividad [...]”.

<sup>115</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, Malheiro Editores Ltda., São Paulo, 2012, p. 711. También, Hely LOPES MEIRELLES ha concluido que *obra pública “[...] em sentido administrativo, é toda realização material a cargo da Administração ou de seus delegados”*. Ver LOPES MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed. atualizada por Eurico DE ANDRADE AZEVEDO, Délcio BALESTERO ALEIXO e José Emmanuel BURLE FILHO, Malheiros Editores L.T.D.A., São Paulo, 2003, p. 247.

<sup>116</sup> ALWYN A., Patricio, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1952, p. 238. Por su lado, el ecuatoriano GRANJA GALINDO ha entendido que obra pública: “[...] consiste en aquel trabajo o construcción que se ejecuta sobre bienes muebles, inmuebles o servicios industriales, por parte de la Administración o de un particular, para el provecho de la colectividad [...]”. *Vid.* GRANJA GALINDO, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, reimpresión de la 5ª ed., Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011, p. 358.

<sup>117</sup> NAVA NEGRETE, Alfonso, “Derecho de las obras públicas en México”, en Alfonso Nava Negrete, *Estudios Administrativos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2011, p. 383 (este trabajo se publicó originalmente en el volumen II del libro *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, Madrid, 1992); igualmente en: NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo mexicano*, 3ª ed., corregida y aumentada, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2007, p. 588. El profesor mexicano aclaraba también: “Es conveniente precisar que la obra pública lo es en tanto el servicio o el trabajo en que consiste se está realizando, pero una vez concluido el servicio o el trabajo concluye también la obra pública, y el bien al cual se aplicó la obra entra a formar parte del patrimonio del gobierno y continúa en él según sea la clase de obra realizada. Por definición, obra pública es ante todo un servicio o un trabajo que no debe identificarse y confundirse con el bien mueble o inmueble que se aplica, Es común calificar de obra pública a una presa, a un puente o a una carretera, es correcto hacerlo si sucede en el trayecto en que tales ‘obras’ se están realizando, pero si ya se terminaron, dejan de serlo. Una vez concluida la obra, el bien

Frente a autores como los anteriormente ilustrados, que han privilegiado en su noción de obra pública el lado de la actividad, hay otro segmento de estudiosos que han privilegiado el lado estático o de resultado (cosa o bien) en dicha noción.

Este último enfoque, por ejemplo, es frecuente encontrarlo entre autores argentinos, entre los cuales puede evocarse al maestro MARIENHOFF, quien se preguntaba en carácter de precisión:

“¿Qué ha de entenderse, pues, por obra pública? Por tal ha de entenderse *el bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente*”.<sup>118</sup>

En la definición de otro argentino, Fernando F. MÓ, obra pública:

“Es una cosa mueble o inmueble cuya construcción integral o reparación está destinada a la utilidad común directa o indirectamente, perteneciendo su titularidad al Estado nacional, provincial, municipal o entidad descentralizada (puede ser incorporal)”.<sup>119</sup>

En palabras del mexicano SERRA ROJAS:

“La obra pública es una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general”.<sup>120</sup>

En resumidas cuentas, lo importante que debe retenerse de este acápite, después de todo es, como tantas veces se ha mencionado, el hecho de que la noción

---

construido se incorpora a los bienes del Estado o al servicio de la colectividad”. *Vid.* NAVA NEGRETE, Alfonso, “Derecho de las obras públicas...”, *ob. cit.*, p. 383 y 384.

<sup>118</sup>MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, III-B, *ob. cit.*, p. 506. Años antes, consignaba RIEFFOLO BESSONE que “[...] son obras públicas las construidas con fondos del Estado y destinadas a la utilidad pública”. *Vid.* RIEFFOLO BESSONE, José F., *Contrato de obra pública*, *ob. cit.*, p. 36.

<sup>119</sup>MÓ, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, 2ª ed. actualizada y aumentada, reimpresión inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 15. Ver cómo se manifestaba: GORDILLO, Agustín, “Capítulo III. Obra pública...”, *ob. cit.*, pp. 46 y 47. Ya dijimos que para BARRA: “[...] es posible definir la obra pública como el resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente aun cometido público y cuya ejecución es de competencia de un ente público”. Ver BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, 1, *ob. cit.*, p. 67. Por su lado, DROMI trazaba a la obra pública como “[...] un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenece a una entidad pública, estatal o no estatal, y tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo general”. Ver DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, *ob. cit.*, p. 582.

<sup>120</sup>SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Segundo curso*, 24ª ed. corregida y aumentada por Andrés Serra Rojas Beltri, Porrúa, S.A de C.V., México, D.F., 2006, p. 662.

de *obra pública* trasunta en sí dos sentidos o significados, estableciendo dos perspectivas: la de una actuación en función de un resultado, y la de un resultado o producto, cosa o bien que, ciertamente, puede o no derivar de esa actuación.

Como nos recordaran DE LAUBADÈRE y GAUDEMET, la teoría jurídica de la obra pública (o del trabajo público), tanto en uno como otro sentido, es generalmente presentada bajo la forma de una sola teoría: la de de las obras públicas (o de los trabajos públicos, en el lenguaje francés); y –agregamos nosotros– el régimen jurídico de una y otra perspectiva de la obra pública (o del trabajo público) caen dentro de un régimen jurídico mayor: el *Derecho de las obras públicas* (o Derecho de los trabajos públicos). Agregaban DE LAUBADÈRE y GAUDEMET que la simplificación del vocabulario y esa puesta en común de esas dos teorías no era injustificada, pues las reglas que forman el régimen jurídico de la obra pública (trabajo público) se aplican, muy generalmente, a una y otra de las dos nociones indiferentemente.<sup>121</sup>

Las palabras anteriores nos conducen a considerar otra cuestión que creemos no puede quedarse fuera, y tiene que ver, a partir de la dualidad de la noción de obra pública, con la relación que puede establecerse entre ambos sentidos o nociones en sentido estricto. Este tema tampoco ha sido pacífico entre los estudiosos, en tanto aquí se proyecta más de una línea de pensamiento, ya estableciendo una correlación directa entre ambas nociones (obra pública-*travail public*, como trabajo público o actividad y como *ouvrage public*-resultado, cosa o bien), ya resolviéndose por la autonomía o independencia entre ambas, ya en una posición más relativa.

Sobre la primera vertiente mencionada, podemos recordar los postulados de Maurice HAURIU, quien sentenció que “la *ouvrage public* era a la vez la causa y el resultado de la operación de *travaux*”;<sup>122</sup> acotando algo más adelante:

*“Mais, si, pour la commodité de l’exposition, les deux éléments de l’opération et de l’ouvrage peuvent être séparés, il ne faut pas oublier cependant qu’ils font partie d’une même matière, les travaux publics, et que toute cette matière donne lieu à un contentieux global [...]”*.<sup>123</sup>

Con una posición en otro extremo, el francés René CAPITANT defendió fervorosamente la “independencia de las dos nociones de *travail public*” entre sí. En sus palabras:

*“Non seulement ces deux notions son distinctes, come nous l’avons montré, mais elles sont indépendantes. Elles ne sont pas liées l’une à l’autre,*

<sup>121</sup> DE LAUBADÈRE, André e Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 2, ob. cit., p. 340.

<sup>122</sup> HAURIU, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 755.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

*comme on l'affirme souvent, par un lien de cause à effet. 'L'ouvrage public, dit M. Hauriou, est à la fois la cause et le résultat de l'opération de travaux publics'. C'est-à-dire qu'un ouvrage public serait toujours le résultat d'un travail public, et que réciproquement tout travail public consisterait dans la construction d'un ouvrage public. Un tel lien, s'il existait, aurait évidemment pour effet de retirer de son importance à la distinction. Celle-ci perdrait beaucoup de sa portée pratique. Puisque les deux notions iraient toujours de concert, la confusion entre elles apparaîtrait presque légitime".<sup>124</sup>*

A renglón seguido, este francés concluía que en realidad ese vínculo, tal como lo describía, entre *travail public* y *ouvrage public* no existe, y la distinción entre ellos conserva toda su importancia.<sup>125</sup>

A pesar del reconocimiento que se le ha otorgado al trabajo de CAPITANT (fechado nueve décadas atrás) en el que esbozó las ideas anteriores, la doctrina francesa ha reaccionado contra una posición de ese tipo, que carga en sí con cierto radicalismo o absolutismo, tratando de trazar un camino más matizado o relativizado en esto, en tanto no fija una total independencia entre ellas, sino que sí apunta a la cierta autonomía de ambas y reconoce los acercamientos y distanciamientos que se dan entre esas nociones y el régimen jurídico que se les aplica.

Para Pierre SUBRA DE BIEUSSES, el análisis de CAPITANT era discutible, argumentado que:

*"Rattacher l'ouvrage public au concept général de travail public conduit à trop laisser dans l'ombre ses rapports, pourtant étroits, avec la notion de domaine public et à négliger qu'opération de travail public et ouvrage public ne coïncident pas de façon nécessaire [...].*

*"Cela étant, si les deux notions sont autonomes, il est vrai qu'existent des similitudes (caractère immobilier, nécessité d'un aménagement), que l'ouvrage public est fréquemment issu d'un travail public, que les dommages résultant de l'exécution d'un travail public ou d'un ouvrage public relèvent de règles de responsabilité semblables".<sup>126</sup>*

En las conclusiones de SUBRA DE BIEUSSES, la noción de *travail public* admite en realidad dos definiciones, que no son enteramente independientes, teniendo diferencias entre sí, pero también elementos comunes.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> CAPITANT, René, "La double notion...", ob. cit., p. 529.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> SUBRA DE BIEUSSES, Pierre, "Les travaux publics", en Jacques Moreau (sous la direction), *Droit public*, t. 2, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Collection Collectivités Territoriales, Centre National de la onction Publique Territoriale (CNFPT), Economica, Paris, 1995, p. 1039.

<sup>127</sup> SUBRA DE BIEUSSES, Pierre, "Les travaux publics", ob. cit., p. 1040.

Un cierto reparo también a la operatividad absoluta de la distinción entre las dos nociones de obra pública, se anunciaba en las palabras del profesor español Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al precisar:

“Por nuestra parte, no creemos imprescindible atenernos rígida y formalmente, a la distinción apuntada, que supone un corte abrupto de una realidad que se presenta en un bloque, cuya disección es siempre convencional, y no ofrece otra ventaja que la de subrayar el principio de intangibilidad de la obra pública y su específica autonomía, que, por supuesto, deben ser retenidas en todo caso”.<sup>128</sup>

Más allá de la constatación de la doble orientación con la que se reviste la noción de obra pública y de que existe una conciencia de la autonomía categorial con que puede recubrirse jurídicamente cada uno de esos sentidos, en la relación del uno con el otro, lo cierto es también que ambos sentidos de esa noción involucran una realidad —la de la obra pública como fenómeno real— que en su concreción más típica —aunque no siempre es así, como se ha adelantado ya— pueden encontrarse o mostrarse en una solución de continuidad o en un grado de correspondencia que tributan a la unidad de sustancia de un proceso de actuación del hombre, que el Derecho debe captar tanto al tiempo de ordenarla y de regir su realización, como de comprenderla. Por lo tanto, a pesar de las peculiaridades que pueden establecerse entre ambos sentidos de la noción de obra pública, si bien sabemos ya que no puede darse un grado de correspondencia absoluta entre ellas, tampoco los dos enfoques deben entenderse aislados entre sí, o absolutamente independientes entre ellos, sino que su interconexión debe ser tomada en cuenta a los fines de proveer una visión adecuada de la realidad que a través de ella se quiere enunciar; con las consiguientes adecuaciones y relativizaciones derivadas de la necesidades que impone la ordenación y realización jurídicas de la satisfacción de los intereses generales.

La mirada a la doble perspectiva de la noción de obra pública no resulta algo intrascendente, no solo porque es un hecho el uso jurídico de esta, sino porque esa dualidad tiene evidentes connotaciones prácticas.

Ciertamente, la simplificación del lenguaje que implica una noción (en este caso que nos ocupa, la de obra pública) con dos significados y alcances jurídicamente

<sup>128</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., p. 2448. Asimismo, Pablo MENÉNDEZ y Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO (ob. cit., p. 43) apreciaban: “Con todo, si bien la distinción de estos dos momentos, el de la ejecución y el del resultado, puede ayudar a comprender mejor la institución, no puede olvidarse que forman parte del mismo concepto, y que dicha distinción ‘no ofrece otra ventaja que la de subrayar el principio de intangibilidad de la obra pública y su específica autonomía que, por supuesto, deben ser retenidas en todo caso’”.

trascendentes, relacionados pero no confundidos entre sí, denota que en el uso de esa noción no deben perderse uno y otro, sino contextualizarse la noción en cuestión, según el sentido que corresponda, de conformidad con la realidad a que se refiera.

Piénsese, como se ha reconocido en la doctrina, que ambas salidas de la noción de obra pública fijan realidades y fenómenos jurídicos con cierta autonomía e identidad si se contrastan entre ellas; con todo y que su universo jurídico puede reconducirse al espacio jurídico mayor que representa la realización o ejecución y explotación de obras públicas y que el régimen jurídico aplicable a una y otra noción de obra pública tienen elementos comunes.

Por lo tanto, la mirada dual a la idea de obra pública implica y reconoce las peculiaridades e identidad de ambas situaciones que señala, en tanto se refieren a objetos distintos (una a operaciones de naturaleza constructiva, otra a una cosa o bien resultante). Así como que a los efectos del Derecho, de los fines de ordenación y tutela jurídica de realidades y relaciones jurídicas, es necesario establecer y respaldar esa distinción, objetivamente considerada.

## **V. Sobre los elementos determinantes de la noción jurídica de obra pública**

Dentro de lo que puede llamarse el proceso de construcción de la noción jurídica de obra pública, además de su dualidad o doble perspectiva –que dejaremos por un momento un lado, pero no olvidaremos–, los autores y la jurisprudencia, especialmente, en diversos ordenamientos jurídicos, han manejado varios elementos para caracterizar o determinar esa noción.

Efectivamente, al igual que ha ocurrido con otras nociones fundamentales que ha residenciado el Derecho Administrativo, la de obra pública –en cualquiera de sus dos vertientes– ha estado sometida a un *iter* evolutivo en el que, en cuanto realidad jurídica objetiva y enunciación teórica y jurisprudencia, se han utilizado, a propósito de su planteamiento como noción, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y hasta normativo, diversos elementos para establecerla o caracterizarla; así como para determinar su alcance y operatividad jurídica. Ello nos señala, otra vez, que no ha sido esa una noción jurídica –en ninguno de sus dos enfoques– petrificada, inmutable, carente de controversias y matices alrededor de su configuración esencial, ni alejada de la complejidad que planea y subyace en torno a muchas de las nociones fundamentales del universo iusadministrativo. Sin dudas, ha sido esta una noción jurídica que ha ido evolucionando al socaire de las circunstancias de la realidad y del Derecho mismo, al menos en los últimos doscientos años.

Mirando la evolución jurídica de la idea de *travaux publics* y convocando varias de las definiciones al respecto, dadas por destacados autores franceses

decimonónicos, Maurice HAURIOU observaba, en uno de sus comentarios jurisprudenciales, que

*“Dans une première période, dans l’expression travaux publics, il semble qu’on se soit préoccupé uniquement de définir le mot publics sans s’attacher au sens du mot travaux [...]”*.<sup>129</sup>

Ello da la medida también de que el contexto general que subyace como trasfondo del panorama conceptual en torno a la obra pública está marcado por el desarrollo científico del Derecho Administrativo en sus diferentes momentos históricos. Eso significa que, según sea el momento en el que se haga un planteamiento conceptual de la idea, podamos encontrarnos allí algunas peculiaridades que van a animar a la noción de obra pública, en comparación con etapas posteriores.

Todo lo afirmado en los párrafos iniciales de este epígrafe es fácil constatarlo si volvemos sobre muchas –o todas– las definiciones de obra pública (en una u otra de su doble perspectiva) que hemos ido reproduciendo o refiriendo en acápite anteriores; incluso, si salimos de ese marco referencial y vemos otros conceptos que aquí no hemos querido –o podido– convocar.

Del repaso de las nociones de obra pública que pueden encontrarse en cualquier espacio jurídico, con cualquier alcance, deriva una primera percepción al respecto, que tiene que ver con los elementos que son manejados por los autores como condicionantes para asentar esa definición.

En este sentido, pueden tenerse nociones de obra pública que hacen descansar su trazado jurídico en un única condición esencial: ya sea esta de carácter subjetivo (el sujeto que las realiza) ya de carácter finalístico (el fin para el cual se realizan); por lo que resultan nociones más simples en su composición, en tanto convocan en ella sólo un aspecto como caracterizador jurídico de la obra pública.

En contraste con soluciones de ese tipo, se alzan otras nociones de obra pública que integran en sí más de una condición esencial como determinantes de la misma, ya con prevalencia o sin ella de alguna de esas condiciones; por lo cual –mirando a aquellas otras nociones de que hablamos en el párrafo anterior– devienen nociones estructuralmente más complejas.

Por ejemplo, dentro del Derecho francés, en particular sobre los *travaux publics*, a partir de lo consagrado por la jurisprudencia, las definiciones que han dominado el siglo XX allí son expresión de lo anterior.

<sup>129</sup> En su nota al *affaire Espitalier*, de 10 de noviembre de 1900, del Tribunal de Conflicto francés, HAURIOU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative...*, III, ob. cit., p. 374.

En razón de las conclusiones del comisario de gobierno CORNIELLE al *arrêt Commune de Monségur*, del Consejo de Estado de 10 de junio de 1921, *travail public* vino a ser (en una noción clásica dentro del Derecho Administrativo de Francia)

“... tout travail ayant une destination d'utilité générale, exécuté pour le compte d'une personne morale administrative”.<sup>130</sup>

Años después, el Tribunal de Conflictos francés, en el *arrêt Effmieff*, de 28 de marzo de 1955, ajusta o complementa extensivamente la visión anterior de lo que es *travaux publics*, a propósito de trabajos de reconstrucción inmobiliaria realizados por las *associations syndicales de reconstruction*, al considerar –tal como se ha resumido en una obra de referencia<sup>131</sup>– que el legislador había atribuido a esas asociaciones el carácter de establecimientos públicos, habiendo así manifestado su intención de asignarles una “misión de servicio público”, para “finés de interés nacional”, y de someterles, en consecuencia, a “las reglas de derecho público correspondientes a esta misión”; de lo cual dedujo que esos *travaux*, cualquiera que fuera el destinatario, eran *travaux publics*. Poco después, el Consejo de Estado francés, en el *arrêt Grimouard*, de 20 de abril de 1956, reafirmó la línea de ajuste de la noción que nos ocupa.<sup>132</sup>

En definitiva, han sido diversos los elementos caracterizadores que se han planteado para diseñar o determinar jurídicamente –en cualquiera de los grados de complejidad de ese diseño– lo que debe entenderse por obra pública, apuntalándose algunos en el tiempo y con los contextos, abandonándose otros.

Por lo pronto –y para no seguir dilatando aún más estas líneas–, si hemos de aportar un catálogo de esos elementos caracterizadores –sin entrar en otras precisiones–, podemos decir que, con mayor o menor frecuencia, ya alegándose en exclusiva, ya combinándose entre sí en grado diverso, en la

<sup>130</sup>CORNIELLE, Louis, “Conclusions Cornielle sur CE 10 juin 1921, *Commune de Monségur*”, en DE GAUDEMAR, Hervé y David MONGON, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, 1831-1940, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2015, p. 666. Véase también, LONG, Marceau, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ y Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 219. Sobre la base de un pronunciamiento de este tipo, un autor como André BOSCH escribía que para que hubiera trabajo público propiamente dicho, de conformidad con la jurisprudencia, había que reunir dos condiciones: la ejecución de un trabajo por cuenta de una persona pública y una obra afectada a la utilidad general. Cfr. BOSCH, André, “Nature juridique des concessions de force hydraulique de la loi du 16 octobre 1919”, Nota de jurisprudencia al *arrêt de Sigalas* del Consejo de Estado de 15 de junio de 1928, en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger*, t. 45<sup>e</sup>, XXXV<sup>e</sup> année, Marcel Giard, Libraire-Éditeur, Paris, 1928, p. 526.

<sup>131</sup>LONG, Marceau, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ y Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de...*, ob. cit., p. 433.

<sup>132</sup>*Ibidem*, pp. 442 y 443.

literatura jurídico-administrativa se han manejado los siguientes para decir cuándo estamos frente a una obra pública:

- las de titularidad del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que están a cargo del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que dependen del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que su ejecución compete al Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las realizadas, ejecutadas o construidas, directa o indirectamente, por el Estado, otro ente público o organismo administrativo o por contratistas;
- las realizadas, ejecutadas o construidas a nombre del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las realizadas, ejecutadas o construidas por cuenta del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que su realización o ejecución está a cargo de la Administración o sus delegados (contratistas, concesionarios);
- las que tienen por objeto bienes o actividades de interés del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que su iniciativa y titularidad corresponden al Estado;
- las costeadas por el tesoro nacional, por el presupuesto público, con fondos públicos;
- las costeadas por el Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que interesan al Estado u otro ente público u organismo administrativo
- las que interesan a la generalidad de los habitantes del Estado o de una parte de su territorio;
- las realizadas sobre el dominio público, sobre dependencias del dominio público;
- las que tienen como resultante un bien demanial o dominio público;
- las que tienen como objeto o fin la utilidad común, la conveniencia general, beneficio común, colectivo, general, público;
- las ejecutadas con fines públicos;
- las realizadas en cumplimiento de fines públicos, fines propios del Estado, de la Administración Pública o de entes públicos u organismos administrativos.
- las de uso y aprovechamiento común o afectadas (directa e indirectamente) al uso público;
- las que satisfacen, o están destinadas a la satisfacción, de una necesidad común, interés general, interés colectivo;

- las destinadas o afectadas al funcionamiento de los servicios públicos y al uso general;
- las realizadas en el marco de una misión de servicio público;
- las autorizadas por el poder público, el Estado o ente público u organismo administrativo con interés colectivo;
- las autorizadas administrativamente y que ejecutan las formalidades administrativas.<sup>133</sup>

Como puede verse, en lo que enlistamos hay aspectos de diversa índole: de tipo subjetivo, financiero o económico, teleológico o finalístico, hasta de tipo jurídico y procedimiento jurídico.

No todos esos aspectos pueden encontrarse formulados o expuestos precisamente. Algunos han sido planteados con claro nivel de indeterminación, que, desde esa perspectiva, no resultan idóneos, o resultan insuficientes para llegar a dibujar en su más fina expresión una noción como la que nos interesa en este trabajo.

Pero todos han demostrado, como ha ocurrido con otras instituciones del Derecho Administrativo y hasta con el Derecho Administrativo mismo, que alegados por sí mismos y en su exclusiva individualidad, devienen insuficientes para caracterizar jurídicamente lo que es una obra pública.

Por lo que la noción de esta última, en cualquiera de sus perspectivas, debe ser una noción de contenido más plural o colorido y no monocromático, para poder dar cabida dentro del régimen jurídico que entraña a la diversa realidad objetiva que refiere, lo que significa que para llegar acertadamente a lo que es una obra pública deben, tal vez, combinarse algunos de esos aspectos, tal como lo ha hecho la más preclara doctrina y jurisprudencia en este sentido.

Otra cuestión importante a considerar cuando se trata de los elementos definitorios de la noción de obra pública (en cualquiera de sus dos enfoques) estriba en su elemento material.

<sup>133</sup> Henri PRIEUX comentaba que, durante cierto tiempo, la jurisprudencia francesa había reconocido la necesidad de otra condición esencial para que hubiera *travail public*: la autorización de trabajos a los empresarios, así como la ejecución de las formalidades administrativas reglamentarias; pero luego se abandonó esa exigencia para tal calificación. PRIEUX, Henri, *Traité pratique de...*, ob. cit., p. 42. En relación con este requisito, contemporáneamente se ha aseverado que “[...], la qualification de travail public est indépendante de la régularité de l’opération. Souvent, l’exécution d’un travail publics est subordonnée au respect de procédures légales ou réglementaires mais le non-respect de ces procédures ne fait pas perdre au travail sa qualité de travail public. Ainsi, le travail exécuté sans avoir été précédé d’aucune procédure administrative demeure un travail public. Il en va même si l’autorisation requise n’est accordée qu’après l’accomplissement du travail”. Ver AUBY, Jean-Marie, Pierre BON, Jean Bernard AUBY y Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 198.

En efecto, tradicionalmente, la doctrina mayoritaria, desde antiguo (al menos desde el siglo XIX) ha venido sosteniendo que la idea de obra pública recae necesariamente sobre bienes inmuebles, ya porque sea —en su visión dinámica— una actividad u operación de creación, mantenimiento o transformación material o física de o en un bien inmueble (actividad u operación de carácter inmobiliario) o como un bien inmueble resultante ella misma (visión estática). El carácter inmobiliario se tiene tanto por la naturaleza del bien como por su destino.

Este elemento, el del carácter inmobiliario de la obra pública, tiene raíz histórica y de ahí deriva esencialmente su explicación. Es decir, se ha asumido así, allí donde esa idea se ha arraigado, porque históricamente la cuestión se hubo de vincular inicialmente a la expropiación forzosa y al dominio público,<sup>134</sup> manteniéndose y respetándose luego una línea de desarrollo que invariablemente se ha circunscrito a los trabajos inmobiliarios y a los bienes inmuebles.

Esa posición ha sido típica y pacífica, sin cuestionamiento visible o digno de mencionar, por ejemplo, en Derechos como el francés (lo que nos excusa de realizar referencias innecesarias) o el español u otros latinoamericanos, y viene a descartar, de plano, como elemento material u objetivo en la noción de obra pública a los bienes muebles, los cuales no podrían ser objeto entonces de esta última categoría. Lo que significa, a su vez, que los bienes muebles no tienen la calificación de obra pública, ni la actividad que los realiza tampoco; no pueden ser objeto o materia de obras públicas.

En lo correspondiente, por ejemplo en Francia, los bienes muebles no conducirían a “los caminos jurídicos” de los *travaux public* o las *ouvrages publics*, sino a los del *marché de fourniture* (suministro); y esto sería una distinción entre los contratos de obras públicas y los de suministros.

Sin embargo, más allá de ordenamientos concretos, el balance general sobre esta cuestión no es del todo pacífico en términos absolutos, pues a la luz de alguna legislación nacional se ha defendido por la doctrina de ese país los bienes muebles como parte del elemento material u objetivo sobre el que puede recaer la noción de obra pública, lo cual contrasta abiertamente con las posiciones al respecto mencionadas en los párrafos anteriores.

El caso significativo en esta otra línea está en el Derecho argentino, donde un segmento representativo de su mejor doctrina iusadministrativista ha venido sosteniendo que el concepto de obra pública puede referirse material u objetivamente tanto a bienes muebles como inmuebles; incluso, algunos han extendido el alcance al incluir también en él “objetos inmateriales”.<sup>135</sup>

<sup>134</sup> FOULQUIER, Norbert, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 501.

<sup>135</sup> Véase, por ejemplo, sobre esto último, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, III-B, ob. cit., p. 506; ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*,

Esto es visible, por ejemplo, ya desde BIELSA,<sup>136</sup> quien dijo que la distinción de la obra pública (como hacían los franceses) referida solo a bienes inmuebles era

“... convencional y arbitraria, porque la obra pública puede ser tan importante o más aún sobre muebles que sobre inmuebles, y también en ciertos casos el grado de utilidad o de interés público ser mayor en los primeros que en los segundos”.<sup>137</sup>

A su turno, MARIENHOFF no estimó

“... pertinente limitar la noción de obra pública a los ‘inmuebles’. No sólo éstos pueden ser objeto de la obra pública, sino también los ‘muebles’ y los objetos inmateriales (‘bienes’, en general), pues a veces el carácter de obra pública resulta por ‘accesoriedad’ [...]”.<sup>138</sup>

Según FIORINI:

“La unidad jurídica ‘obra pública’ puede referirse a cosas que la ciencia del derecho denomina muebles o inmuebles: un barco y un edificio pueden ser objetos del contrato de obras públicas. La interpretación de lo que debe ser el objeto de esta clase de contrato debe ser amplio contrato, así ha sido receptado por todas las legislaciones, nacionales y locales [...]”.<sup>139</sup>

GORDILLO explicaba en su momento que

“La importancia de la cuestión reside más que nada en la relación al concepto de dominio público: el artículo 2340, inc. 7º del Código Civil incluye dentro de éste a las ‘obras públicas, construidas para utilidad o comodidad

---

vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 762; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 584; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 12ª ed. actualizada, Thomson Reuters, La Ley S.A.E. e I, Buenos Aires, 2018, p. 589.

<sup>136</sup>Véase el concepto de obra pública que planeaba, ya reproducido en este trabajo, BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, II, ob. cit., p. 349.

<sup>137</sup>BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, II, ob. cit., p. 349.

<sup>138</sup>MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, III-B, ob. cit., p. 506 y 535 y ss.

<sup>139</sup>FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. I, reimpresión de la 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot S.A.E. e I, Buenos Aires, 1995, p. 621. Explicaba más adelante FIORINI (pp. 621 y 622) que: “El principio lógico jurídico de la vinculación entre principal y accesorio concurre también para la interpretación de esta clase de contratos, donde el quehacer es complejo y producto del conjunto de colaboración técnica necesaria para su creación. Forma parte necesariamente del contrato de obra pública su programación, sus estudios y proyectos, como también los planes para su factibilidad y costos económicos. Los muebles para un edificio público pueden entrar en esta calificación si se ajustan a su fin público y aun también si se adquieren posteriormente para ajustarlos a un edificio público, pues no se trata en este caso de objetos separados e independientes sino que forman parte de lo principal: el inmueble que debe cumplir un fin público. El carácter funcional que adquieren los inmuebles para la actividad de la Administración pública, es lo que inviste a los muebles del contenido del fin público mediato o inmediato que satisface el inmueble [...]”.

común'; por ello la problemática pertenece en realidad al tema del dominio público. Sólo cabe aquí decir que si se toma el citado artículo del Código Civil, sería de aplicación el criterio '*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*', ya que si la ley no establece la restricción del concepto de obra pública refiriéndolo únicamente a los inmuebles, no cabe tampoco al intérprete, en este caso, hacerla".<sup>140</sup>

Otros iusadministrativistas argentinos se han enrolado hasta hoy en la órbita de este pensamiento que esbozamos;<sup>141</sup> aunque lo cierto es que el análisis gravita fundamentalmente en torno a la cuestión del objeto del contrato de obra pública, según lo ha venido configurando objetivamente, en particular, el legislador de ese país; lo cual marca, a pesar de la amplitud que trasunta aquí la noción de obra pública en relación con la que la ubica con carácter inmobiliario, un punto de análisis parcial en relación con la obra pública como objeto o realidad material, pues esta queda circunscrita al carácter de objeto contractual y lo que puede significar o abarcar a partir de ese prisma específico, cuando la vida jurídica de la obra pública como segmento de la realidad va más allá de los marcos de un objeto de prestaciones contractuales.

Con independencia de las ideas al efecto arraigadas en un gran segmento de la doctrina y el Derecho argentinos, a partir de lo ilustrado, lo cierto es que esta concepción, objetivamente amplia, tanto inmobiliaria como mobiliaria de la obra pública es minoritaria<sup>142</sup> frente al panorama general al respecto en otros

<sup>140</sup> GORDILLO, Agustín, "Capítulo III. Obra pública...", ob. cit., p. 48.

<sup>141</sup> V.gr., DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, 6ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1991, p. 345; MÓ, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas...*, ob. cit., p. 15; ESCOLA, Héctor J., *Compendio...*, ob. cit., p. 762; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 584; BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, 1, ob. cit., p. 228 y ss.; FARRANDO (h.), Ismael, Alejandro PÉREZ HUALDE y Patricia R. MARTÍNEZ, "Contratos administrativos en particular", en Ismael Farrando (h.) y Patricia R. Martínez (dirs.) et al., *Manual de Derecho Administrativo*, reimpresión de la 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 368 y 370; DRUETTA, Ricardo Tomás y Ana Patricia GUGLIELMINETTI, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, Serie Legislación comentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 1; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, ob. cit., p. 589; GARCÍA PULLÉS, Fernando, con la colaboración de DUBINSKY, Guido, en Fernando García Pullés, *Lecciones Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 409.

<sup>142</sup> Fuera de Argentina, algún autor ha optado también por incluir los bienes muebles dentro del alcance objetivo de la obra pública. Por ejemplo: el mexicano NAVA NEGRETE, Alfonso, "Derecho de las obras públicas...", ob. cit., p. 383, *Derecho Administrativo mexicano*, ob. cit., p. 588; el ecuatoriano GRANJA GALINDO, Nicolás, *Fundamentos...*, ob. cit., p. 358; y la uruguayaya VÁZQUEZ, Cristina, *Contratación...*, ob. cit., pp. 39 y 40, esta última apoyándose en la doctrina argentina, que se ha decantado por esta línea. Sin embargo, en contraste con la posición de la profesora VÁZQUEZ, y no refiriéndose a ella, sino a las consideraciones de aquella doctrina argentina, el uruguayo DELPIAZZO reparaba en el hecho de que ese enfoque particular sobre la obra pública (como comprensivo en su objeto tanto a bienes inmuebles como muebles) no ha sido acompañado por la doctrina del Uruguay, incluso la más reciente, y tampoco por

países. Incluso, tampoco está (ni ha estado) absolutamente generalizada entre los estudiosos de ese país sudamericano; por lo que tal posicionamiento conceptual le confiere un grado de particularidad propio, circunscrito básicamente a las especificidades, sobre todo, de la legislación y el Derecho argentinos.

## **VI. La noción jurídica de obra pública**

Toca ahora recoger todas las piezas válidas señaladas en las páginas anteriores, para aproximarnos a lo que finalmente se puede entender, jurídicamente, por obra pública.

Antes de entrar en esas precisiones, debemos mencionar algunos aspectos necesarios, que sirven a esa noción, que son, incluso, comunes a entender en cualquiera de las dos perspectivas que la idea de obra pública reviste; tal cual se ha hecho ya, tanto en el plano doctrinal, como en el práctico.

Por lo pronto, téngase que toda obra pública entraña una actividad humana; por lo que una obra pública siempre va a requerir de la intervención del intelecto y de la acción del ser humano sobre la realidad que le circunda y en la que convive. Una obra pública, en principio, siempre será una obra del ser humano —no importa el grado de apoyo o uso de medios tecnológicos que emplee en ella—, una operación o un resultado generado por el ser humano; lo que excluye a la naturaleza, a los eventos naturales, como fuerza generadora de una obra pública y, en consecuencia, a la posibilidad de que existan obras públicas naturales o por naturaleza, por acción o creación de la naturaleza.

Lo anterior induce también a considerar que las obras públicas tienen siempre un carácter artificial, no natural. Involucran, esencialmente, la inteligencia y la acción material o física del hombre, y son el resultado del manejo físico del entorno humano en razón de las necesidades de la convivencia social. Las obras públicas, como fenómeno real, pueden reconducirse al ambiente generado o ambiente construido por el ser humano; esto es, al ambiente artificial determinado y generado por la existencia humana y los imperativos de su vida en sociedad.

Considérese también como elemento para inferir la noción jurídica que aquí nos interesa: el carácter material de toda obra pública. Quiere ello decir que toda obra pública refiere a una actividad material o a un resultado material que pueda concretarse o materializarse en el mundo físico, en la realidad física de las cosas. Por lo tanto, no basta la mera actividad intelectual del hombre para tener lo que es una obra pública, sino que esa actividad intelectual debe

---

la jurisprudencia, ni administrativa ni jurisdiccional. Por lo que en el panorama del Derecho Administrativo uruguayo, un planteamiento como el de Cristina VÁZQUEZ resulta aislado.

ir acompañada de las correspondientes operaciones materiales sobre la realidad física que le circunda. Esto hace que las actuaciones u obras intelectuales (las “obras del espíritu” —dice FOULQUIER<sup>143</sup>— humano) y los procedimientos u operaciones de carácter jurídico, o que solo impliquen un efecto en el plano ideal o de las ideas del hombre, por sí mismos, sin reflejo efectivo en el entorno físico circundante, o un efecto meramente jurídico, pero no material, físico, corpóreo, no constituyen propiamente obras públicas.

Otro punto a considerar, como ya se enunció en el epígrafe anterior, es el carácter inmobiliario de la obra pública. Esta tiene por objeto un bien inmueble, bien porque como actividad se realiza sobre dicho bien (incluye tanto los inmuebles por naturaleza, como por destino), bien porque como resultante se tiene una cosa de naturaleza inmobiliaria. Ello excluye, a partir de esta posición mayoritaria en el Derecho Administrativo (legislación, jurisprudencia y doctrina), que una obra pública pueda referirse a bienes muebles en sí mismos o a incorpóreos. Este elemento de la noción cierra o restringe el espectro objetivo de la idea de la obra pública y la trascendencia de ella al campo ordenador del Derecho, al colocar en su punto de mira esencial un tipo de bienes (inmuebles) determinado.

Claro está, una obra pública no está dirigida a, o no implica, con carácter necesario o imprescindible, la creación de *res nova* o cosa nueva. Pero, para que pueda hablarse de ella, sí es pertinente que haya una incidencia material o física del ser humano, encaminada a generar, o que genere, un efecto objetivo o material diferenciador —una situación objetiva o material diferenciada, distinguible—, en cualquier grado (creación, transformación, renovación, modificación, mantenimiento), en relación con la situación, materialmente entendida, de la realidad física anterior a esa actuación. En palabras más esclarecedoras, SAYAGUÉS LASO apuntaba que una obra pública supone la incorporación de un elemento material al bien inmueble o su modificación.<sup>144</sup>

Otro aspecto esencial en el trazado de la noción jurídica de obra pública ha de situarse en el plano teleológico, pues toda obra pública es tal en cuanto su finalidad es la satisfacción del, o de un, interés general. Esta cuestión es la que, quizás, le aporta el color iusadministrativo a esa institución jurídica, en tanto marca el carácter público de la obra y determina la necesidad de su ordenación especial por un segmento particular del ordenamiento jurídico: el Derecho Administrativo; en contraste con la ordenación jurídica de las obras realizadas por los individuos en función de sus intereses individuales, que cae en los predios del Derecho Privado.

<sup>143</sup> FOULQUIER, Norbert, *Droit administratif des biens*, ob. cit., p. 500.

<sup>144</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, ob. cit., p. 88.

La conexión de la obra pública con ese fin de interés general como elemento sustancial para su noción jurídica puede darse de diversos modos (directa o indirectamente), a través de diferentes vías (ya sea resultado de, o sirviendo para, la realización o ejecución de servicios públicos; recayendo sobre bienes de dominio público o sobre bienes de entidades públicas no sometidos a ese régimen demanial, pero necesarios para el cumplimiento de sus cometidos públicos o –algo más excepcional– sobre ciertos bienes privados, reportando la realización de esa obra una utilidad pública). Inexcusablemente, en ella debe estar presente de una forma fundamental la satisfacción de un interés general como fin esencial, para calificar, jurídicamente, a una obra como pública.

Otro punto para la definición de obra pública, al menos desde la perspectiva del Derecho, estriba en que su realización debe incardinarse en el marco objetivo del funcionamiento administrativo regido por el Derecho Administrativo. Las obras públicas son, en principio, parte de los cometidos que realiza el poder público (genéricamente hablando) dentro del ámbito de competencias de las que es titular (también hablando en términos genéricos), correspondiendo propiamente ese ámbito competencial al de la función administrativa. Por ello el carácter público de la obra en cuestión tiene que ver con la pertenencia a esta zona de funcionamiento administrativo o de competencias administrativas, no importa el sujeto que directamente la ejecute (puede realizarlo un sujeto distinto del titular, de carácter privado o no, con el correspondiente título habilitante para ello); sino que lo que interesa es que la realización de la obra, como competencia, sea de titularidad pública o que ella, como cosa resultante, tenga finalmente a un ente público como titular (aquí será obra pública porque es de titularidad pública).

Lo anterior conecta entonces con el hecho de que para tener a una obra como obra pública no es suficiente mirar solo a que es realizada por el Estado u otro ente público (por el poder público) –aunque ejecutada por otro sujeto–. A pesar de que algunos autores han sostenido ese elemento como definitorio para una obra pública,<sup>145</sup> en Francia, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, se ha asumido (con carácter generalizado) la idea de que ella debe ser por “cuenta de una persona pública”, expresión esa a la cual se le ha dado una interpretación en el marco francés, que permite una flexibilidad tal, que no solo mira al sujeto (público o privado) que la realiza o ejecuta efectivamente y la forma de ejecución (directa o indirecta), sino a la conexión última con el

<sup>145</sup> Concluía MARIENHOFF que lo que caracteriza a la obra pública es su realización o construcción por el Estado, directa o indirectamente. Cfr. MARIENHOFF Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, III-B, ob. cit., pp. 506 y 507. También pueden verse como ejemplos de esta orientación: BEZZI, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, ob. cit., p. 11; BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, V, ob. cit., pp. 17 y 18.

funcionamiento administrativo que están llamadas a realizar las entidades públicas.

Juntando los signos precedentes con la doble perspectiva que entraña la noción de obra pública, quizás es tiempo ya de trazar, en esa doble perspectiva, la noción jurídica que ha constituido el motivo de este trabajo.

De tal suerte, podemos referir, por un lado, que desde un enfoque dinámico, funcional o activo, obra pública es *toda operación o actividad de creación, mantenimiento o transformación material o física, de titularidad pública, sobre un bien inmueble, realizada con un fin de interés general.*

Desde su enfoque estático, pasivo, obra pública es *la cosa o bien inmueble, de titularidad pública, realizado con un fin de interés general.*

# Origen y evolución del concepto de tasa tributaria: una puesta al día

---

LIANA SIMÓN OTERO\*

## I. Introducción

¿Por qué retomar el estudio de las tasas tributarias en pleno siglo XXI? *A priori* pudiera parecer que se trata de un tema viejo en el que todo ya ha sido dicho; sin embargo, tratándose de ingresos públicos nunca es bastante, pues, por una parte, resulta de suma trascendencia para el contribuyente el modo en que se sufragan los gastos públicos, máxime si de ello dependen sus garantías o el régimen jurídico aplicable, y por otra, resulta evidente que nunca son suficientes los fondos recaudados, de ahí que cualquier fuente de ingreso siempre goza de especial significación.

A esto unimos el hecho de que las tasas constituyen un tema que nunca ha sido estudiado a profundidad en Cuba, lo que pudiera incidir en nuestro escaso desarrollo legislativo, de ahí que pretendamos un primer acercamiento a su origen y evolución, como una manera de adentrarnos y entender los fundamentos jurídicos de esta importante figura.

## II. De regalía a tributo

El camino de las tasas dentro del ámbito de los ingresos públicos ha sido extenso y sinuoso, tal y como afirma AGUALLO AVILÉS:

“Las que ahora conocemos como tasas, en efecto, no existían como categoría autónoma de tributo; éstas, como es sabido, se encontraban difuminadas, bien entre los *impuestos especiales* o los *impuestos indirectos*, bien entre las llamadas regalías, esto es, los derechos basados en las prerrogativas de los soberanos”.<sup>1</sup>

Los hacendistas alemanes, encabezados fundamentalmente por RAU, fueron quienes comenzaron la escisión del concepto de tasa del amplio campo de las

\* Licenciada en Derecho (Universidad “Hermanos Saiz Montes de Oca” de Pinar del Río). Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

<sup>1</sup> AGUALLO AVILÉS, Ángel, *Tasas y precios públicos. Análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 1992, p. 56.

regalías y paulatinamente fueron acercándola al de los ingresos tributarios. Defendieron la autonomía de las tasas autores como UMPFENBACH, STEIN, WAGNER o ROSHER,<sup>2</sup> aun cuando sostenían la existencia de las regalías.

En estos primeros momentos, la tasa comenzó a configurarse como un ingreso independiente, pero su naturaleza no estaba muy clara, pues se le atribuían elementos comunes con los precios y características propias de los tributos; SCHALL, por ejemplo, consideraba que las tasas no podían ser enmarcadas ni en unos ni en otros;<sup>3</sup> DE MARCO sostenía que las tasas debían combinarse con los precios;<sup>4</sup> mientras que TANGORRA consideraba que debían ubicarse entre los impuestos.<sup>5</sup>

“La tasa, decían igualmente Schall, Wagner, Eheberg, Flora, Cossa, Ricca Salerno, y tantos otros maestros, es un ‘tributo’. Tal afirmación, sin embargo [...] es una mera ilusión, un espejismo que desaparece como por arte de magia cuando, a la hora de definir y distinguir de los precios la categoría a la que se adjetiva como ‘tributaria’, se matizan sobremanera o se obvian por completo los atributos que a tal condición corresponden (coactividad, principio de capacidad económica) para incidir sustancialmente en elementos extrajurídicos”.<sup>6</sup>

### III. Tasa-servicio público/contraprestación

Dentro del criterio de autonomía, WAGNER definía a la tasa como

*“que i tributi che i cittadini o gruppi di cittadini pagano, in certa forma determinata esclusivamente dallo Stato e in un ammontare determinato, come corrispettivo speciale per un servizio che essi ricevono dallo Stato [...] o per la spesa che essi hanno cagionato allo Stato in conseguenza dell’esercizio di un attività dello Stato”.*<sup>7</sup>

SELIGMAN sostenía que

*“a fee is a payment for a service or privilege from which a special measurable benefit is derived, and normally does not exceed the cost of the service”.*<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Vid. PUGLIESE, Mario, *Le tasse nella scienza e nel diritto positivo italiano*, Padua, 1930.

<sup>3</sup> Vid. SCHALL, C. F., *Le tasse*, en Biblioteca dell’Economista, Serie Tercera, vol. XIV, Parte primera, Unione Tipográfico-Editrice, Torino, 1889.

<sup>4</sup> Vid. DE VITI DE MARCO, A., *Principios de Economía financiera*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

<sup>5</sup> Vid. TANGORRA, V., *Tratato di Scienza della Finance*, Societa Editrice Libreria, Milano, 1915.

<sup>6</sup> AGUALLO AVILÉS, Ángel, *Tasas y precios públicos*, ob. cit., pp. 59 y 60.

<sup>7</sup> WAGNER, *La Scienza delle Finanze*, Boccardo, Biblioteca dell’Economista, serie tercera, vol. X, Parte segunda, sección I, 1889, pp. 628-630.

<sup>8</sup> ELIGMAN, E. R. A., *Essays in Taxation*, The Macmillan, Company, London, 1915, p. 412.

Por su parte, FLORA argumentaba que

“siempre que el consumo de los servicios públicos se pueda individualizar y su coste repartirse entre los contribuyentes particulares que especialmente los demanden, tendremos tasas [...] en la tasa hay un fenómeno de cambio, un consumo limitado por el precio señalado”.<sup>9</sup>

Y SCHALL señalaba que

“las tasas tienen en común con los ingresos de adquisición económico-privada, el hecho de que también a ellas corresponde un determinado servicio (contraprestación) por parte del Estado”.<sup>10</sup>

Todos estos autores coinciden en definir a la tasa como aquella obligación que se deriva de la prestación de un servicio o actividad por parte del Estado a solicitud del particular, es decir, se considera una contraprestación. En estos momentos “la tasa aparece como el instrumento tributario adecuado para la financiación del coste de los servicios públicos de carácter divisible, es decir, con beneficiarios o usuarios directos, identificables caso por caso. Las tasas, a diferencia de los impuestos, se inspiran en el principio del beneficio, según el cual el coste de estos servicios debe satisfacerse, total o parcialmente, mediante una prestación exigida a sus usuarios”.<sup>11</sup>

Siguiendo a AVILÉS, consideramos que

“Bajo esta premisa, surge la conocida distinción entre *servicios públicos divisibles*, esto es, aquellos en los que ‘se puede asignar con certeza a cada ciudadano que los demande la parte alícuota que de ellos haya consumido’ y *servicios públicos indivisibles*, ‘cuyo consumo de ningún modo puede individualizarse, y cuyo coste debe, por tanto, ser soportado por toda la sociedad’. Mientras que los primeros, que satisfacen *necesidades* igualmente *divisibles*, corresponderían a las tasas, los últimos, relativos a las *necesidades* colectivas *indivisibles*, darían lugar a impuestos”.<sup>12</sup>

Tal y como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, este criterio es totalmente equívoco, no solo porque

“en rigor todos los servicios serían divisibles, según el criterio de la individualización de la utilidad, sino también, y sobre todo, porque atomiza la

<sup>9</sup> FLORA, F., *Manual de Ciencia de la Hacienda*, t. I, Madrid, 1918, pp. 170 y 245.

<sup>10</sup> SCHALL, C. F., *Le tasse*, ob. cit., pp. 292-299.

<sup>11</sup> PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 41.

<sup>12</sup> AGUALLO AVILÉS, Ángel, *Tasas y precios públicos*, ob. cit., pp. 63 y 64.

objetividad del servicio público al ignorar su carácter esencial de servicio colectivo y para una necesidad colectiva”.<sup>13</sup>

A partir de estos criterios, la contraprestación se convirtió en el requisito esencial que configuraba las tasas, incluso hasta el punto de perder su naturaleza si la cuantía sobrepasaba el servicio brindado, lo cual la convertía en un impuesto. Este es el criterio sostenido por autores como CAMMEO, quien manifiesta que

“cuando en compensación por un producto o servicio se exige tal plus sobre el precio de costo que alcanza el valor de uso, la coacción módica más bien aparente que real, que caracteriza a las tasas, se transforma en la coacción efectiva, real que define al impuesto”.<sup>14</sup>

Juicio similar es sostenido por RICCA SALERMO, para quien

“las tasas representaban una remuneración de servicios especiales efectuada libremente y regulada por el principio ordinario de las prestaciones recíprocas (*do ut facias, do ut des*), mientras que el impuesto, en cambio era un pago forzado, que el poder civil exige [...] según un principio de derecho público o de soberanía nacional, al cual es sometido todo individuo”.<sup>15</sup>

Evidentemente, la supuesta naturaleza tributaria de las tasas se veía empañada por su posterior configuración; parte de la doctrina equiparaba la tasa al costo del servicio, sin distinguir el costo causado por el particular,<sup>16</sup> aunque con posterioridad comenzó a hablarse de gasto colectivo. Según COSSA,

“los gastos provocados por las funciones administrativas a que corresponden las tasas, han de ser cubiertos en parte por los impuestos y en parte por las tasas, es decir, por una suma proporcional a las riquezas de cada uno de los contribuyentes y por una suma correspondiente a los gastos mayores provocados por algunos de ellos”.<sup>17</sup>

Desde otra posición, se defendió la idea de que el límite cuantitativo de la tasa estaba determinado por la utilidad del servicio, ya que el valor de uso del servicio o actividad administrativa para el contribuyente podía ser mayor que el coste. Dentro de esta línea encontramos a JÉZE: “*il est naturel que le taux*

<sup>13</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, No. 12, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pp. 135 y 136.

<sup>14</sup> CAMMEO, F., “Le tasse e la loro costituzionalità”, en *Giurisprudenza italiana*, t. IV, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1899, pp. 202-204.

<sup>15</sup> RICCA SALERMO, G., *Scienza delle Finanze*, Barberá, Firenze, 1919, p. 143.

<sup>16</sup> Vid. RAU, citado por PUGLIESE, M., *Le tasse nella scienza...*, ob. cit.

<sup>17</sup> COSSA, L., *Premiers éléments de la Science des Finances*, M. Giard & E. Briere, París, 1920, p. 57.

*des taxes ait pour maximum ce qui est nécessaire pour couvrir complètement les frais du service public. Au delà, il n'y a plus de taxe, mais impôt*".<sup>18</sup>

Otros autores aseveran que tanto el coste del servicio como su utilidad son criterios válidos que deben asumirse en dependencia de la tasa de que se trate. Para EHEBERG:

“debe ponderarse hasta qué punto impera el interés público en la prestación de que se trate. Cuanto mayor sea el interés general tanto más pequeño deberá ser la cuantía de la tasa; y cuanto menor sea el interés público tanto mayor la cuantía de la tasa”.<sup>19</sup>

La naturaleza del servicio ha sido otro de los criterios que la doctrina ha utilizado para delimitar el concepto de tasa, “en este sentido, para un numeroso sector doctrinal, sólo aquellos servicios que no pueden encomendarse a los particulares sin que peligre la naturaleza del Estado, es decir, los correspondientes a *funciones esenciales* del mismo (lo que los italianos identifican con los *publici istituti*, y los alemanes denominan *wesentliche Staatszwecken*) –justicia, sanidad, enseñanza elemental, son comúnmente citados– darían lugar a tasas”.<sup>20</sup>

El propio EHEBERG sostiene que las tasas nacen debido a prestaciones de carácter público legal que “se derivan de actos o instituciones administrativas que no pueden encomendarse a los particulares sin que peligre la naturaleza del Estado”;<sup>21</sup> en ese sentido RAU plantea que “las tasas se solicitan cuando el individuo se relaciona de modo especial con una actividad del Estado o con un instituto especial del mismo”.<sup>22</sup>

A pesar de ello, hay otras teorías que ofrecen un concepto mucho más general de la tasa, pues incluyen las prestaciones patrimoniales obtenidas de servicios o actividades que el Estado asume por un interés público general; para WAGNER, por ejemplo,

“las tasas se refieren a dos tipos de funciones del Estado: las inherentes al concepto de Estado y aquellas que este asume en razón del interés público general. En el primer caso estaríamos ante las llamadas *tasas jurídicas* o bien *tasas jurídicas y administrativas*, relativas a derechos señoriales ‘esenciales’, especialmente a funciones ‘para la actuación del derecho y de la potestad’; en el segundo, ante las tasas *de civilización y bienestar*,

<sup>18</sup> JÉZE, G., *Scienze des Finances*, Marcel Giard, París, 1931, p. 341.

<sup>19</sup> EHEBERG, C. T., *Hacienda pública*, trad. de la 19ª ed. alemana, Gustavo Gili, Barcelona, 1929, p. 171.

<sup>20</sup> AGUALLO AVILÉS, Ángel, *Tasas y precios públicos*, ob. cit., p. 77.

<sup>21</sup> EHEBERG, C. T., *Hacienda pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 1929, p. 170.

<sup>22</sup> *Loc. cit.* AGUALLO AVILÉS, Ángel, ob. cit., p. 77.

concernientes a funciones asumidas por el Estado ‘por razones de mayor conveniencia y de interés público’”.<sup>23</sup>

Estas concepciones fueron las que provocaron la posterior confusión entre tasas y precios públicos.

#### IV. Tasa-coacción

Desde un análisis distinto, varios estudiosos pasaron a conceptualizar las tasas y a diferenciarlas del precio público a partir del concepto de la coacción. Sobre el particular, DE FRANCISCI precisa que

“No se puede confundir la tasa con el precio, porque la primera es emanación de la soberanía financiera del Estado; lo que excluye la supuesta voluntariedad de la prestación por parte del ciudadano”.<sup>24</sup>

CALANDRA profundiza al expresar que

“debe denominarse tributo a todo ingreso público que sea obtenido mediante una coercizione sobre los particulares por parte del Estado, y dado que la coercizione es precisamente el modo con el cual el Estado desarrolla la propia soberanía, será también este el elemento que distinguirá los ingresos ordinarios de derecho público de los de derecho privado, así que todos los ingresos de la primera especie serán tributos”.<sup>25</sup>

A pesar de ellos, es la obra de PUGLIESE la que con mayor acierto resalta en el carácter tributario de la tasa, lo que resulta suficiente para diferenciarla de los denominados precios públicos; para este autor las tasas son “prestaciones de derecho público jurídico-administrativo realizadas exclusivamente por el Estado mediante un monopolio jurídico que lo sustrae a cualquier concurrencia”,<sup>26</sup> mientras que los precios públicos son “prestaciones análogas a las que podría realizar una empresa privada, proporcionadas por el Estado por razones de conveniencia económica o de oportunidad política”,<sup>27</sup> desde este punto de vista, para PUGLIESE, “mientras que el pago de las tasas es directa o indirectamente obligatorio [...] el consumo de las prestaciones de las empresas públicas (por el que se pagan precios públicos) no es nunca obligatorio”,<sup>28</sup> y por tanto la coacción se convierte en un requisito delimitador imprescindible.

<sup>23</sup> AGUALLO AVILÉS, Ángel, *Tasas y precios públicos*, ob. cit., p. 79.

<sup>24</sup> DE FRANCISCI GERBINO, G., “La classificazione giuridica e la classificazione finanziaria delle entrate ordinarie dello stato”, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, p. 111.

<sup>25</sup> CALANDRA, A., “Il tributo nel suo concetto giuridico”. *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, p. 547.

<sup>26</sup> PUGLIESE, Mario, *Le tasse nella scienza...*, ob. cit., p. 58.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 59.

Especial relevancia ha tenido en la evolución del concepto de las tasas el criterio sostenido por GIANNINI para quien

“la tasa es la prestación pecuniaria debida a un ente público, en virtud de una norma legal y en la medida que esta se establezca, por la realización de una actividad del propio ente que afecta de modo particular al obligado”.<sup>29</sup>

GIANNINI ubica el centro del análisis en el vínculo que le da origen a la obligación, en el caso de los tributos y por tanto de las tasas, es la Ley; mientras que en el caso de los precios, es una relación contractual, lo que lo lleva a negar la existencia de precios públicos diferenciados de los precios privados. GIANNINI solo reconoce la diferencia entre la tasa y el resto de los tributos basándose en el hecho imponible, partiendo de que en este caso la actividad o servicio que forma parte de la estructura del hecho imponible afecta particularmente al contribuyente y esto solo ocurre en los servicios divisibles. Desde este punto de vista, no constituyen rasgos de las tasas la afectación del ingreso, ni la demanda del servicio por parte del particular.

Para este autor italiano:

“no es posible, por consiguiente, alcanzar un concepto unitario de la tasa, que comprenda todas sus manifestaciones en el vasto campo de la actividad administrativa y jurisdiccional del Estado, más que adoptando el criterio antes expuesto, es decir, considerándola como un tributo impuesto por la ley en razón de una actividad realizada por el ente público *respecto* al obligado, aunque éste no lo haya solicitado o aunque sea desventajosa para él”.<sup>30</sup>

En cuanto a la clásica distinción con los precios manifiesta que

“... no existe [...] un elemento material de diferenciación al que pueda atribuirse una influencia decisiva y constante sobre el carácter jurídico de las relaciones en cuestión. Este carácter debe deducirse esencialmente del modo en que la relación aparezca legalmente disciplinada, teniendo en cuenta sobre todo su desenvolvimiento histórico”;<sup>31</sup>

por lo que no resulta decisivo el nivel más o menos elevado de la retribución o la existencia o no de monopolio en el servicio, los que simplemente pudieran ser indicios.

<sup>29</sup> GIANNINI, Achille Donato, *Instituciones de Derecho tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957, p. 50.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 59.

A partir de aquí, el hecho imponible como único elemento diferenciador de los tributos ha sido defendido, aunque con algunas peculiaridades, por gran parte de la doctrina.<sup>32</sup>

## V. Tasa-hecho imponible

Según MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ,

“El elemento diferenciador entre impuestos y tasas hay que buscarlo en la distinta naturaleza del presupuesto de hecho o hecho imponible; el *impuesto* se conecta con una situación de hecho que constituye una manifestación de capacidad económica, referida exclusivamente a la persona del obligado y a su esfera de actividad, sin relación alguna, ni siquiera de hecho, con la actividad del ente público impositor. El presupuesto de hecho de la *tasa*, por el contrario, consiste en una situación de hecho que determina, o necesariamente se relaciona, con el desenvolvimiento de una actividad del ente público que se refiere a la persona del obligado”.<sup>33</sup>

Esa misma línea es seguida por FERREIRO LAPATZA para quien

“La tasa se caracteriza y se diferencia del resto de los tributos porque su hecho imponible se delimita en torno a una actividad administrativa que afecta o beneficia de modo especial a aquellos a quien va dirigida, de forma que es posible calcular la medida en que cada uno de ellos se ve afectado o beneficiado por la actividad estatal y adecuar a esta medida la cantidad a pagar por cada uno, teniendo en cuenta el coste del servicio prestado o el valor de la prestación o el beneficio obtenido”.<sup>34</sup>

No obstante, podemos encontrar posiciones divergentes, aunque el problema fundamental ha estado en que no se ha logrado consenso en cuanto a un concreto elemento diferenciador más allá del hecho imponible de la tasa en relación con el impuesto, o la voluntad del legislador en relación con el precio.

Si aceptáramos el hecho imponible como único elemento diferenciador de las especies tributarias, qué trascendencia tendría la división tripartita de los tributos en aquellos países donde no se descentraliza la facultad impositiva del Estado, pues solo desde esta óptica este enfoque podría cumplir algún

<sup>32</sup> Vid. FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho tributario*, Parte especial – *Sistema Tributario. Los tributos en particular*, Marcial Pons, Madrid, 2008; y MARTÍN QUERALT, Juan; Carmelo LOZANO SERRANO, Gabriel CASADO OLLERO y José Manuel TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de Derecho financiero y tributario*, Parte 1, Félix Varela, La Habana, 2006.

<sup>33</sup> MARTÍN QUERALT, Juan; Carmelo LOZANO SERRANO, Gabriel CASADO OLLERO y José Manuel TEJERIZO LÓPEZ, ob. cit., p. 39.

<sup>34</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho tributario...*, ob. cit., p. 461.

propósito, y ni aun así, pues a efectos concretos, la carga impositiva puede ser aumentada tanto por tasas como por impuestos. Esto sin contar que los órganos locales de poder podrían crear libremente precios públicos, pues el no reconocimiento de un elemento material de diferenciación entre tasas y precios le concede plenas libertades al Estado para enmascarar, con el disfraz de precios públicos, a verdaderas obligaciones tributarias, eludiendo así la aplicación de los principios de justicia tributaria o quebrantando sus facultades impositivas, dejando al contribuyente en un verdadero estado de indefensión al suprimirle todas las garantías legales que el ordenamiento tributario prevé.

Desde este punto de vista, SIMÓN ACOSTA manifiesta que

“si algún sentido tiene establecer diferencias entre ambos [se refiere a impuestos y tasas] es porque cada uno de estos tributos colabora de forma diversa en la tarea común de hacer efectivo el ideal genérico del justo reparto de las cargas tributarias. Intuitivamente se aprecia que la función de la tasa y la función del impuesto, en orden a la realización de la justicia tributaria, son distintas. Si no fuera por esa diferencia sustantiva, ¿qué sentido tendría la distinción? [...] Si no se reconoce otro rasgo individualizador que la estructura del hecho imponible habría que concluir que las tasas no son más que especies particulares del género impuesto”.<sup>35</sup>

Criterio similar es defendido por MATEO RODRÍGUEZ, quien sostiene que

“solo existiendo unos diferentes fundamentos jurídicos cabe hablar de diferentes categorías tributarias. De cifrar tal diferenciación en la estructura del hecho imponible, bastaría que el ordenamiento alterase o escindiese una determinada estructura para poder referirse a una nueva categoría”.<sup>36</sup>

Independientemente de los criterios que se han suscitado como resultado de estos argumentos, compartimos la necesidad de deslindar la tasa más allá del hecho generador y de su régimen jurídico, pues constituye el medio esencial para delimitar las facultades del Estado y en consecuencia proteger al contribuyente.

## **VI. Tasa-capacidad económica**

El otro elemento, que para SIMÓN ACOSTA diferencia a la tasa del resto de las categorías, es el papel que desempeña el principio de capacidad económica:

<sup>35</sup> SIMÓN ACOSTA, Eugenio, “Las tasas y los precios públicos de las entidades locales”, en AA.VV., *La reforma de las haciendas locales*, t. 1, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 109 y 110.

<sup>36</sup> MATEO RODRÍGUEZ, Luis, “Principios rectores de la cuantificación de tasas y precios públicos en el Derecho Español”, en AA.VV., *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 276.

“La tasa, por más que quieran forzarse los razonamientos para demostrar lo contrario, no puede de ningún modo cumplir esa misión porque el presupuesto de hecho de la mayoría de las tasas, o incluso de todas ellas (la realización de una actividad administrativa), no pone de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo”.<sup>37</sup>

MATEO RODRÍGUEZ también defiende que su presencia se limita solo al establecimiento de exenciones o beneficios fiscales:

“no debe ser exigido el pago de tasas a quien carece de capacidad económica o, en su caso, debe ser exigido sólo parcialmente si la capacidad económica es baja [...] Así, mientras que la capacidad económica constituye el fundamento jurídico del impuesto, no lo es de la tasa, que encuentra su razón de ser en ese gasto provocado o en ese perjuicio ocasionado”.<sup>38</sup>

La vinculación de la tasa con un servicio, una actividad administrativa o el dominio público, desde siempre ha llevado a que se relacionen en mayor o menor medida la cuantía del tributo con el coste provocado o el beneficio recibido en detrimento del principio de capacidad económica; tal y como expresa KRUSE,<sup>39</sup> sobre el particular son dos los principios que se han alegado, el principio de cobertura de costes y el principio de equivalencia, los que se han defendido aun cuando no se reconozca el fin específico de lo recaudado, de ahí que se les otorgue a las tasas naturaleza retributiva o resarcitoria.

SIMÓN ACOSTA formula que es el principio de provocación de costes el que justifica la tasa:

“... Quien provoque costes de forma especial puede ser llamado a contribuir al sostenimiento de las cargas públicas en función del coste provocado, sin perjuicio de que se le pueda (e incluso se le deba) eximir del tributo si carece de medios para hacer frente al mismo”.<sup>40</sup>

Desde su punto de vista, la capacidad económica solamente fungiría como límite de la tasa, “es obvio que las tasas no deben ser exigidas a quienes no tienen capacidad económica”,<sup>41</sup> pero “el fundamento de la tasa es el coste provocado”.<sup>42</sup>

RUIZ GARIJO, por su parte, argumenta que

<sup>37</sup> SIMÓN ACOSTA, Eugenio, “Las tasas y los precios públicos”, ob. cit., p. 110.

<sup>38</sup> MATEO RODRÍGUEZ, Luis, “Principios rectores de la cuantificación”, ob. cit., p. 276.

<sup>39</sup> KRUSE, H. W., *Derecho tributario. Parte general*, EDF, 1978, p. 71.

<sup>40</sup> SIMÓN ACOSTA, Eugenio, “Las tasas y los precios públicos”, ob. cit., p. 116.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 147.

“... aunque la capacidad económica como criterio de contribución en la tasa no sea compatible con la idea de beneficio o afectación, su importancia no puede ser descartada a *radice*. Es cierto que este tributo no persigue gravar manifestaciones de capacidad económica de los sujetos. La tasa no se exige porque haya capacidad económica, sino porque se producen los presupuestos que conforma su hecho imponible”.<sup>43</sup>

Son muchos los autores que han defendido este criterio, GARCÍA FRÍAS sostiene que

“La tasa no utiliza como parámetro fundamental la capacidad contributiva, sino el coste del servicio, a pesar de que esta se deba tener en cuenta por su carácter de tributo a la hora de fijar la cuantía de la prestación”.<sup>44</sup>

En este mismo sentido, VILLEGAS argumenta que

“La tasa tiene límites que son naturales a su propia conformación objetiva y que están referidos a su cuantía [...] De allí que la fijación del monto no pueda tomar en cuenta circunstancias inherentes a la persona o a los bienes del obligado (que son hechos generadores del impuesto), sino únicamente circunstancias atinentes a la actividad vinculante en sí misma, por ser ella y no otra cosa, lo que genera la obligación de tributar tasas”.<sup>45</sup>

A pesar de estos análisis, no podemos obviar que cada tributo, sin distinción, solo puede ser exigido si se configuró su hecho imponible, otra cosa es que dicho hecho este conformado de manera diversa en cada especie tributaria.

PAGÉS I GALTÉS, en el mismo sentido, afirma que si bien los impuestos se cuantifican atendiendo al principio de capacidad económica las tasas se cuantifican atendiendo al principio de equivalencia:

“El principio de cobertura de costes atiende a la relación entre el coste del servicio o actividad y la recaudación por tasa, de tal modo que la recaudación derivada de la tasa atienda a cubrir (total o parcialmente) los costes de administración y de mantenimiento de la organización [...] Mientras que el principio de equivalencia atiende no solamente a la relación entre el coste del servicio o actividad y la recaudación de la tasa, sino también a la relación entre la prestación del servicio y la ‘contraprestación’ (en sentido económico) que paga el receptor del mismo, de tal modo que la recaudación derivada de la tasa sólo tienda a cubrir los costes de prestación del

<sup>43</sup> RUIZ GARIJO, Mercedes, *Problemas actuales de las tasas*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 227.

<sup>44</sup> GARCÍA FRÍAS, Ángeles “Los fines extrafiscales en las tasas”, en AA.VV., *Tasas y Precios Públicos en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 174.

<sup>45</sup> VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 101.

servicio sino que, además, tienda a cubrir el valor que para el ciudadano tiene la prestación del servicio”.<sup>46</sup>

Según el principio de equivalencia, debe existir cierta proporción entre la cuantía del tributo y el costo del servicio que constituye el hecho imponible de la tasa, lo cual ha sido criticado por autores como FONROUGE, quien ha sostenido que “la cuantía de la tasa no es elemento que pueda influir en su configuración jurídica”,<sup>47</sup> y VALDÉS COSTA, quien ha manifestado que

“La cuantía de la contraprestación en sí misma no puede determinar un cambio de naturaleza jurídica. Pero si se tiene en cuenta el fundamento de la tasa, que sin duda es el de imponer una obligación a quienes dan lugar al funcionamiento de determinados servicios estatales, forzoso es establecer alguna relación entre el producto de las tasas y las necesidades financieras del servicio. Aunque no se exija una igualdad entre el producto de la recaudación y costo del servicio, es necesario buscar alguna relación. Ella puede encontrarse en una razonable equivalencia entre ambos rubros, la que a nuestro juicio deriva del principio de que el producto de la recaudación de las tasas debe tener como único destino las necesidades financieras del servicio correspondiente”.<sup>48</sup>

Resulta evidente que la composición del hecho imponible de las tasas es lo que ha generado todo este debate, y la pregunta que se desprende es clara: ¿los tributos solo gravan evidentes manifestaciones de capacidad económica, o la capacidad económica es un principio que los configura?

La mayoría de los autores analizados se han centrado en evidenciar que el hecho imponible de las tasas por sí mismo no manifiesta capacidad económica y, por tanto, han ido a buscar otros fundamentos económicos que sostengan su exigibilidad, tambaleando, a veces, la naturaleza tributaria de esta figura. Este mismo hecho los ha llevado a tratar de reconciliar dichos criterios con el imprescindible principio de capacidad económica, para no poner en tela de juicio que definitivamente la tasa es una especie del género tributo.

Es así que desde el inicio se ha sostenido que la capacidad económica es un límite, como ya vimos, o al menos no es el único elemento a tener en cuenta. GONZÁLEZ GARCÍA defiende que

“... en las tasas [...] la capacidad contributiva es elemento necesario, pero no suficiente, para hacer surgir la obligación tributaria, y [...] rara vez se

<sup>46</sup> PAGÉS I GALTÉS, Joan, *La memoria económico-financiera de las tasas y precios públicos por servicios y actividades*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 48 y 49.

<sup>47</sup> FONROUGE, Giuliani, *Derecho Financiero*, t. 2, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 992.

<sup>48</sup> VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho tributario*, Depalma, Themis, Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996, pp. 159 y 160.

toma la capacidad contributiva como punto de referencia para graduar el volumen de la carga, toda vez que estas prestaciones tributarias responden al principio de beneficio y no al de capacidad de pago”.<sup>49</sup>

Este autor reconoce además que “[...] los propios defensores del principio de la provocación de gasto no excluyen su compatibilidad con el principio de capacidad contributiva, con lo que la superior unidad del género tributo no resulta afectada”,<sup>50</sup> y pone en duda que no sea la capacidad económica el fundamento jurídico de las tasas, “por la sencilla razón de que siendo la solicitud o recepción del servicio que da lugar al pago de la tasa obligatoria, quien provoca el gasto no es el contribuyente, sino el ente público”.<sup>51</sup>

Otros autores defienden el criterio que el hecho imponible de las tasas sí puede manifestar la capacidad económica del sujeto y por tanto esta puede ser cuantificada en la base imponible del tributo.

CORS MEYA explica que

“la prestación de un servicio o una actividad administrativa genera para el ente público un coste y para el receptor un aumento patrimonial, una ventaja que también es cuantificable. De ahí que sí sea perfectamente posible el establecimiento de una base imponible, como determinación de la capacidad económica manifestada, a la que aplicar un tipo de gravamen”.<sup>52</sup>

Mientras, LAGO MONTERO amplía al afirmar que

“... el beneficio obtenido, en la medida que pueda calcularse, es índice revelador de capacidad económica, que deberá conciliarse con la capacidad de pago previa de los contribuyentes”.<sup>53</sup>

A nuestro modo de ver, el problema relativo a la limitación de la cuantía de la tasa al coste del servicio y al principio de equivalencia se suscita debido a dos cuestiones básicas: en primer lugar, porque se concibe a la tasa como contraprestación, y como bien sostiene PÉREZ ROYO, “dicho concepto, entendido en su sentido técnico-jurídico, queda reservado para las prestaciones sinalagmáticas y en ningún caso para los tributos, que son prestaciones unilateralmente

<sup>49</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, “La tasa como especie del género tributo”, en AA.VV., *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 30.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> CORS MEYA, F. J., “Delimitación entre tasas y precios públicos”, en RHAL, No. 57, 1989, p. 342.

<sup>53</sup> LAGO MONTERO, J. M., “Un apunte sobre el principio de capacidad contributiva en algunas tasas y precios públicos”, en AA.VV., *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 97.

impuestas o coactivas”,<sup>54</sup> el contribuyente no paga porque recibe una contraprestación, no estamos hablando de precios públicos, la obligación no nace de la prestación del servicio o actividad, la obligación nace de la ley, el contribuyente paga porque tiene el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos, lo que en el caso de la tasa, la obligación de pago se vincula con un actuar del Estado por una cuestión de ingeniería fiscal, ya que cada tributo va a contribuir a la obtención de ingresos de una manera diferente.

En segundo lugar, porque se ha dejado de estimar que si fijamos la cuantía de la tasa teniendo en cuenta aspectos como la importancia del servicio, su utilidad social y particular, la jerarquía del órgano que lo presta o el costo general y por individuo, podría darse el caso de que el contribuyente no pueda enfrentar el pago de la obligación, pues los criterios para llevar a cabo la cuantificación nada tienen que ver con su capacidad contributiva. Es por esto que consideramos que las tasas sí se acogen al principio de capacidad contributiva, el que no tiene por qué ser valorado de la misma forma que en los impuestos, pues en la configuración de las tasas la capacidad contributiva puede ser asumida a partir de estudios económicos (nivel de vida, salario promedio, etc.), que permitan determinar tasas ajustadas a las circunstancias concretas donde se impongan.

Esto no va en detrimento de que lo recaudado se encuentre estrechamente ligado al bien, servicio o actividad de que se trate, por lo que puede ocurrir que la tasa resulte insuficiente para cubrir el gasto que se genera, con lo cual sería necesario terminar de sufragarlo por otra vía (impuestos, etc.) o puede suceder que, por el contrario, la recaudación exceda dicha necesidad, pasando a conformar el resto de los ingresos que forman parte del presupuesto y por tanto, se destinarían a otros gastos públicos. Este destino específico de las tasas ha sido otro de los elementos que se ha acuciado como diferenciador, además de la diferente configuración del hecho imponible.

## VII. Tasa-afectación del producto

La doctrina latinoamericana también ha intentado fundamentar la división de las especies tributarias, asumiendo como componente diferenciador, además del presupuesto de hecho, el fin perseguido con la creación de la tasa o el destino de su producto.

En este sentido, VALDÉS COSTA afirma:

“En cuanto al destino es indudable que integra la noción de tasas y contribuciones, ya que no se justificaría de modo alguno que la ley asignara el

<sup>54</sup> PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero...*, ob. cit., pp. 47 y 48.

producto de estos tributos a destinos ajenos a las necesidades del servicio o la obra que constituyen su fundamento esencial por integrar su presupuesto de hecho. El desconocimiento de este requisito haría perder a la prestación el carácter de tasa o de contribución”.<sup>55</sup>

Este razonamiento fue el que inspiró el modelo de Código Tributario para América Latina y fue aceptado en el Código Tributario Uruguayo, que desde su anteproyecto de 1958 ya lo establecía. Además, constituyó una de las conclusiones a las que se arribó en las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de 1991; la conclusión 10 fue aprobada con 42 votos a favor y solo 2 en contra, estableciendo que:

“La ley no debe asignar el producto de las tasas a un destino ajeno a la financiación de la actividad estatal que constituye el presupuesto de hecho o hipótesis de incidencia de la obligación. Si de las circunstancias relativas a la creación del tributo surge que la verdadera finalidad de su creación es solventar gastos ajenos al servicio vinculado a la tasa, la realidad debe primar sobre la figura de la tasa y concluirse que está ante otra especie tributaria cuya creación debe cumplir con los requisitos constitucionales pertinentes, en especial en cuanto a la potestad para establecerla”.<sup>56</sup>

Autores europeos también han sostenido este criterio, por ejemplo, RUIZ GARIJO, quien argumenta:

“que la tasa *no puede costear actividades genéricas* por cuya prestación se satisfacen necesidades eminentemente generales. La tasa no puede sufragar aquellas actividades en las que prima el interés general. El ente público competente debe estar obligado a financiar el servicio o la actividad administrativa que redunde en beneficio de la colectividad a través de los recursos generales. No solamente sería ilógico sino que conllevaría a una total desnaturalización de esta figura tributaria convirtiéndose en un recurso de naturaleza impositiva y financiando cualquier actividad realizada por el ente público en cuestión”.<sup>57</sup>

Resulta digno resaltar que a este razonamiento se le ha criticado que el fin de la tasa concluye con la recaudación, por lo que la asignación del ingreso forma parte del Derecho presupuestario, no del Derecho tributario, y en correspondencia, los recursos obtenidos a través de este tipo especial de tributo deben ser destinados a financiar los gastos generales del presupuesto, sin afectaciones particulares.

<sup>55</sup> VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho tributario*, ob. cit., p. 92.

<sup>56</sup> Disponible en <http://www.iladt.org/FrontEnd/ResolutionPage.aspx>

<sup>57</sup> RUIZ GARIJO, Mercedes, *Problemas actuales de las tasas*, ob. cit., p. 141.

VILLEGAS es de este criterio cuando sostiene que

“una cosa es el tributo y otra diferente lo que el estado haga con los fondos que mediante ese tributo se recauden. Una vez logrado el fin perseguido mediante el tributo, que es la obtención del recurso, el tributo se agota en su contenido y cesa el aspecto tributario de la actividad financiera, porque todo lo atinente al destino y administración del recurso ya obtenido es materia de orden presupuestario, y no tributario”.<sup>58</sup>

Igualmente, JARAH argumenta que

“Se puede objetar que esta afectación no es una consecuencia necesaria de la vinculación del tributo con la prestación de un servicio. La universalidad del presupuesto exige que lo recaudado por tasas se vuelque a la masa de los recursos, sin afectación a la financiación del servicio en cuestión”.<sup>59</sup>

También FERREIRO LAPATZA se opone a la afectación al indicar que las tasas son tributos “cuyo producto debe ser empleado para financiar los gastos del Estado en general, sin afectaciones particulares”.<sup>60</sup>

A pesar de estos argumentos, consideramos que las tasas, desde su propia concepción, nacen ligadas a un bien, actividad o servicio, por lo que aun cuando reconocemos que su fin es recaudatorio como el de todos los tributos, somos del criterio que su especial configuración persigue una vía distinta de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de ahí que su destino sea, en principio, mucho más concreto. La tasa permite incrementar la conciencia de los ciudadanos ante el gasto de los servicios públicos y la necesidad de sufragarlo, la actuación del contribuyente resulta más considerada y el servicio debe tornarse más eficiente.

### **VIII. Tasas-contenido del hecho imponible**

Desde el punto de vista de su clasificación, resulta significativa la posición sostenida por VILLEGAS, quien siguiendo las concepciones de PUGLIESE y VALDÉS COSTA, propone la sistematización siguiente:

#### *“I) Tasas judiciales*

- a) De jurisdicción civil contenciosa (juicios civiles propiamente dichos, comerciales, rurales, mineros, contencioso-administrativos, etc.).

<sup>58</sup> VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas...*, ob. cit., p. 92.

<sup>59</sup> JARAH, Dino, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 236.

<sup>60</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de derecho financiero español*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975, p. 358.

- b) De jurisdicción civil voluntaria (juicios sucesorios, informaciones sumarias, habilitaciones de edad, venias supletorias, etc.).
- c) De jurisdicción penal (procesos de derecho penal común y derecho penal contravencional).

## II) *Tasas administrativas*

- a) Por concesión y legalización de documentos y certificados (autenticaciones, legalizaciones, documentos de identidad, pasaportes, etc.).
- b) Por controles, fiscalizaciones, inspecciones oficiales (salubridad, pesas y medidas, seguridad en las construcciones, etc.).
- c) Por autorizaciones, concesiones y licencias (permisos de edificación, de conducir, de caza y pesca, de espacio para puestos de venta o para publicidad en la vía pública, etc.).
- d) Por inscripción en los registros públicos (registro civil, del automotor, prendario, de propiedades, etc.).
- e) Por actuaciones administrativas en general (sellado por trámites y actuaciones en vía administrativa)<sup>61</sup>.

Otro grupo de autores, ampliamente mayoritario, asume un criterio más amplio al incluir dentro del hecho imponible de las tasas el uso especial de las cosas de dominio público. GIANNINI señala las tasas que son de más amplia aplicación y las agrupa en tres categorías: “tasas por el ejercicio de un poder del Estado, tasas relativas a instituciones de utilidad pública y tasas por el uso especial de las cosas de dominio público”.<sup>62</sup>

PÉREZ ROYO, siguiendo la legislación española, arguye que existen dos clases de tasas: “las exigidas por el uso especial del dominio público y las derivadas de la prestación de servicios o la realización de una actividad que beneficia singularmente al usuario del servicio o al destinatario de la actividad”.<sup>63</sup>

En detrimento, VALDÉS COSTA argumenta que este caso “corresponde en principio, a remuneraciones que el Estado recibe con el carácter de prestación por la utilización de bienes. La circunstancia de que estos bienes integren el dominio público y estén sometidos a un régimen especial en cuanto a su enajenación y uso no implica necesariamente que las prestaciones que efectúen los particulares por su uso adquieran naturaleza tributaria”;<sup>64</sup> lo que sí defendemos, teniendo en cuenta que la utilización de los bienes de dominio público no nace de un negocio jurídico y, en consecuencia, dicha exacción cumple con todos los presupuestos para ser considerada tributo y específicamente tasa.

<sup>61</sup> VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas...*, ob. cit., p. 98.

<sup>62</sup> GIANNINI, Achille Donato, *Instituciones de Derecho tributario*, ob. cit., p. 556.

<sup>63</sup> PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero...*, ob. cit., p. 42.

<sup>64</sup> VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho tributario*, ob. cit., p. 168.

## **IX. Conclusiones**

Desde su surgimiento, las tasas fueron evolucionando hacia el reconocimiento de su naturaleza tributaria; sin embargo, su carácter fiscal siempre se ha visto empañado, debido a la dificultad que ha generado explicar su anuencia a los principios que rigen para los tributos.

La compleja configuración de su hecho imponible ha dado lugar a un sinnúmero de teorías que tratan de exponer su relación con el conocido principio de capacidad económica, ya sea reconociéndolo o asumiendo otros fundamentos ajenos a los tributos, como pueden ser el principio de provocación de costes o el de equivalencia.

Su diferenciación con otras figuras, como los impuestos o los precios públicos, tampoco ha sido pacífica, pues han sido varios los elementos que se han esgrimido en ambos casos para lograr una correcta configuración de esta figura.

Sin querer llegar a soluciones definitivas, consideramos que las tasas son tributos cuyo hecho imponible se conforma por el uso especial del dominio público y la prestación de servicios o la realización de una actividad, que responden al principio de capacidad económica y que son recaudadas con una finalidad específica, sin que esto implique la idea de contraprestación.

# Los derechos de la naturaleza en la legislación ecuatoriana

---

---

DIEGO PAÚL VITERI NÚÑEZ\*

## I. Introducción

Los derechos reconocidos a la naturaleza en la Constitución ecuatoriana de 2008 (CE)<sup>1</sup> se encuentran todavía en un estado incipiente de desarrollo teórico y legislativo. La inicial efervescencia basada en la retórica política, las concepciones de la ecología política y el biocentrismo, el activismo de los movimientos indígenas y las organizaciones ambientalistas se fue desvaneciendo, al constatar que una cosa es la intención del poder constituyente y otra muy distinta puede ser la actitud de los poderes constituidos respecto del desarrollo legislativo de los mandatos constitucionales.

Más significativo es que el mismo gobierno, que impulsó y propició la elaboración de una nueva Constitución que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, apenas incluyó en la producida en su mandato, normas que desarrollen los derechos de la naturaleza o dispongan de garantías jurídicas que aseguren su respeto, protección y goce efectivo, más allá de las tradicionalmente previstas en la legislación ambiental, o las que sean aplicables de entre las diseñadas con el mismo propósito para los derechos humanos.

Este ensayo es un acercamiento exploratorio al estudio de los derechos de la naturaleza y su desarrollo legislativo. La reflexión gira en torno a cuatro aspectos bien delimitados:

La cualidad de sujeto de derechos de la naturaleza, sus características y límites en la legislación procesal;

- I. el lugar de los derechos de la naturaleza en las leyes ambientales;
- II. algunas vías para la defensa de los derechos de la naturaleza y;
- III. las diferencias esenciales entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos en tanto derechos constitucionales, así como algunos puntos de convergencia.

\* Abogado. Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, Unidad de Admisión y Nivelación.

<sup>1</sup> R. O. de 20/10/2008.

IV. Desde el punto de vista metodológico, es un ensayo de dogmática jurídica y teoría del Derecho. Aunque se pueda considerar que las leyes analizadas son una extensión de la política ambiental de la última década, el estudio no se refiere a las políticas públicas o de gestión ambiental que eventualmente pudieran ser desarrolladas para asegurar el respeto a los derechos de la naturaleza o garantizar una forma sostenible y sustentable de explotar los recursos naturales o los bienes ambientales. Por el contrario, explora el contenido y la forma de las leyes para caracterizar y definir el lugar de los derechos de la naturaleza y su cualidad de sujeto en un sector particular del ordenamiento jurídico, en su desenvolvimiento sustantivo y procesal.

La conclusión principal es que tanto la naturaleza como sus derechos no pasan de ser, hasta el presente y en vista de su escaso desarrollo legislativo, un argumento persuasivo incluido convenientemente en la parte expositiva de algunas leyes ambientales o en su contenido normativo, con el propósito de *mostrar*, que no *demostrar*, su coherencia con el texto constitucional y un compromiso lejano con su respeto y protección, el mismo que se desliza entre la regulación de formas concretas de explotar y aprovechar los recursos naturales y los bienes ambientales, con muy escasa ponderación respecto de los derechos de la naturaleza.

## II. La naturaleza como sujeto de derechos

Una de las preocupaciones centrales de la teoría política y la política práctica es cómo asegurar la continuidad del poder en un régimen democrático, donde en cada elección se produce una renovación completa del equipo de gobierno anterior. Una aproximación sugiere distinguir entre el Estado, que permanece en el tiempo, y el Gobierno, que es temporal y limitado, de conformidad con la Constitución y las leyes.

Esa misma preocupación de garantizar la continuidad del Estado ante la sucesión de gobiernos se manifiesta en la teoría del Derecho, pero desde el punto de vista de la obediencia al Derecho y en particular de la legitimidad de las leyes, que aprueba un gobierno una vez que haya expirado su mandato y se constituya uno nuevo. La pregunta en concreto sería, ¿estamos obligados a obedecer las leyes de un gobierno que ya no ejerce el poder y fue sustituido por otro?<sup>2</sup>

La respuesta en principio sería que las leyes, si bien son aprobadas y puestas en vigor bajo el mandato de un gobierno en particular, son imputables al Estado como representación de la comunidad política que permanece y se expresa a través del Derecho. En ese contexto, la obediencia al Derecho se asegura

<sup>2</sup> HART, H., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 64 y ss.

a través de existencia de una Constitución y un ordenamiento jurídico que no es obra de un gobierno en particular, sino de una sucesión de ellos, que en el marco constitucional previamente establecido, producen la legislación que consideren apropiada para alcanzar sus fines sin que sea imprescindible derogar o modificar la anterior.<sup>3</sup>

Ahora bien, cuando un gobierno promueve la instalación de una asamblea constituyente y se produce una nueva Constitución política, es de esperar que dicho gobierno sea el primer interesado en que las disposiciones del nuevo texto constitucional sean llevadas a su máximo grado de realización permisible antes de finalizar su mandato, sobre todo de aquellas disposiciones novedosas, cuya realización aseguran tanto la legitimidad actual como su proyección futura y, eventualmente, la posibilidad de un nuevo acceso al poder a través de la reelección.

Las reflexiones anteriores pueden ser aplicadas a la política práctica ecuatoriana de los últimos 20 años, donde en la primera década se sucedieron varios gobiernos sin que hubiera una ruptura del Estado en tanto comunidad política,<sup>4</sup> mientras en la última, un mismo gobierno ejerció el poder de manera continua y bajo una nueva Constitución,<sup>5</sup> que incluye varios aspectos novedosos y cuyo desarrollo por vía legislativa era previsible que se realizara en la mayor medida posible antes de finalizar su mandato.

Seguramente, entre todas las novedades introducidas por la vigente Constitución ecuatoriana, la que mayor atención ha tenido es la consideración de la naturaleza como sujeto de derechos,<sup>6</sup> sobre todo porque se trata de una ruptura radical con la tesis incontestada de que solo los seres humanos pueden ser sujetos de derechos, ya sea como persona física u organizados a través de una persona jurídica, mientras que el resto de los entes que existen, en la medida en que resulten jurídicamente relevantes, serían objetos del Derecho (en el sentido de bienes protegidos por este) u objetos de derechos (entendidos como objetos respecto de los cuales las personas pueden ejercer derechos o contraer obligaciones).

<sup>3</sup> Sobre los conceptos de política legislativa y dinámica legislativa puede verse CARRILLO GARCÍA, Yoel, "Principios para una teoría de la legislación", *Ambiente Jurídico* No. 11/2009, Universidad de Manizales, pp. 15- 41. De mismo autor, "Política legislativa penal. Una propuesta de re-codificación del Derecho penal vigente en Cuba", *Crítica Jurídica*, No. 12/2013, UNAM, pp. 59-80.

<sup>4</sup> MUÑOZ LÓPEZ, Pabel, "Ecuador: reforma del Estado y crisis política, 1992-2005", *Historia Actual Online*, 2006, pp. 101-110; PAZ Y MIÑO CEPEDA, Juan J., "Ecuador: una democracia inestable", *Historia Actual Online* 2006, pp. 89-99.

<sup>5</sup> Se trata del gobierno del ex presidente Rafael CORREA DELGADO, que se extendió del 15 de enero de 2007 al 24 de mayo de 2017, con una reelección en 2013. En dicho gobierno se instaló la Asamblea Constituyente que elaboró la vigente CE.

<sup>6</sup> Art. 1. "La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución".

Y la novedad no radica solo en ese giro en torno a los sujetos de derechos, sino que además, la propia Constitución le reconoce derechos específicos a la naturaleza,<sup>7</sup> respecto de los cuales el resto de los titulares de derechos señalados en el propio art. 10<sup>8</sup> tienen ciertas obligaciones de hacer o no hacer, que implican, asimismo, limitaciones constitucionales a sus propios derechos, configurando de esa manera una nueva arquitectura en cuanto a la ponderación que debe realizarse al momento de interpretar los derechos humanos.

La consideración de la naturaleza como sujeto de derechos ha suscitado diferentes actitudes tanto dentro como fuera del Ecuador. Mientras la mayoría de los autores que se han ocupado del tema consideran que ese hecho constituye un cambio de paradigma en las formas de relacionarse el hombre con la naturaleza, una forma superior de protección del ambiente y los recursos naturales y una promesa de futuro para una mejor calidad de vida,<sup>9</sup> otros entienden que solo se trata de una nueva retórica incluida en el discurso político para aglutinar a los actores políticos y sociales tradicionalmente comprometidos con las causas ambientalistas, pero que en la práctica no cambian las políticas ambientales de explotación y aprovechamiento intensivo de los recursos naturales,<sup>10</sup> o que ese reconocimiento no es imprescindible para asegurar una protección más efectiva del ambiente, que se podría conseguir elevando los estándares de eficacia de la legislación ambiental tradicional.<sup>11</sup>

De esas dos perspectivas importa precisamente esta última, porque su análisis permite verificar si el compromiso asumido por el Estado ecuatoriano en la Constitución respecto de los derechos de la naturaleza, fue continuado y desarrollado en la legislación ambiental de los últimos 10 años, producida por el gobierno que impulsó la Asamblea Constituyente, de donde resultó la

<sup>7</sup> En los arts. 70 y 71 se le reconocen básicamente tres derechos: derecho a que se respete integralmente su existencia, derecho a que se respete el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y derecho a la restauración.

<sup>8</sup> Los titulares de los derechos reconocidos en la CE son las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades y los colectivos.

<sup>9</sup> SUÁREZ, Sofía, "Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba", *Energía y Clima*, CEDA e ILDIS, Quito, 2013, p. 3; MELO, Mario, "Derechos de la Naturaleza, globalización y cambio climático", *Líneas Sur*, No. 5/2013, Quito, p. 43 y ss.; GUDYNAS, Eduardo, "Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (comp.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Abya Yala y Universidad Politécnica de Quito, Ecuador, 2011, p. 239.

<sup>10</sup> MANZANO, Jordi J., "Si fuera sólo una cuestión de fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, No. 1, vol. 2/2013, p. 43-86.

<sup>11</sup> SIMÓN CAMPAÑA, Farith, "Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?", *Juris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, Universidad San Francisco de Quito, vol. 15/2013, pp. 9-38.

definición de la naturaleza como sujeto de derechos en condiciones similares al resto de los titulares reconocidos en el art. 10 constitucional.

Para el análisis nos interesa la sistematización realizada por el jurista mexicano Raúl BRAÑES sobre las diversas formas de expresión de la legislación ambiental que se pueden identificar en todo ordenamiento jurídico nacional:

- I. Legislación común de relevancia ambiental o legislación de relevancia ambiental casual, que se refiere a las normas jurídicas expedidas sin ningún propósito ambiental, pero que regulan conductas que inciden significativamente en la protección del medio ambiente.
- II. Legislación sectorial de relevancia ambiental, que se identifica con las normas jurídicas expedidas para la protección de ciertos elementos ambientales o para proteger el medio ambiente de los efectos de algunas actividades.
- III. Legislación propiamente ambiental, integrada por las normas jurídicas expedidas con arreglo a la moderna concepción que visualiza al medio ambiente como un todo organizado a la manera de un sistema.<sup>12</sup>

Esa distinción es pertinente para este trabajo, por cuanto el carácter de sujeto de derechos atribuido a la naturaleza y los derechos reconocidos no se limitan a un sector particular del Derecho, como sería la legislación propiamente ambiental, sino que constituye, desde su expresión constitucional, un eje transversal que debería tener expresión en todo el ordenamiento jurídico, lo que sugiere que en cada rama de la legislación la naturaleza, requiere ser considerada un sujeto de derechos adecuado a las características de la materia, contenido y formas de expresión que adquieren los demás sujetos en cada una de ellas.

### **a) Legislación procesal no penal**

Una peculiaridad de la legislación ecuatoriana posterior al año 2008 es que, en materia de técnica legislativa, se ha privilegiado la adopción de códigos omnicomprendidos, que recogen tanto la materia sustantiva como la procesal en las ramas de la legislación en que ello es materialmente posible,<sup>13</sup> o la regulación de la mayoría de los procesos judiciales en un código unitario que sustituya a la dispersión legislativa anterior,<sup>14</sup> en lugar de la reforma de las

<sup>12</sup> BRAÑES, Raúl, *Informe sobre el desarrollo del Derecho ambiental latinoamericano*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, México, 2001, p. 11.

<sup>13</sup> Código Orgánico Integral Penal (COIP), R. O. de 10/1/2014; Código Orgánico del Ambiente (COAm), R. O. de 12/4/2017, Código Orgánico Administrativo (COAd), R. O. de 31/7/2017.

<sup>14</sup> Código Orgánico General de Procesos (COGEP), R. O. de 22/5/2015.

leyes especiales vigentes con anterioridad o su abrogación por otras leyes del mismo carácter.<sup>15</sup>

En la dogmática nacional, con la expresión “legislación procesal no penal” se hace referencia a todas las materias reguladas en el COGEP, lo que supone que las relaciones jurídico-procesales en materia civil, familia, niñez y adolescencia, mercantil, laboral, contencioso-administrativo y contencioso-tributario, entre otras, deben ser tramitadas y resueltas por los sujetos definidos en el propio código ante las instancias judiciales correspondientes. Por supuesto, en tanto sujeto de derechos de jerarquía constitucional, la naturaleza también puede ser sujeto de cualquiera de las relaciones jurídico-procesales reguladas en ese cuerpo legal.

De conformidad con su art. 30, las partes procesales se definen como “el sujeto procesal que proponela demanda y aquel contra quien se la intenta”, siendo la primera la parte actora y la segunda la demandada. De acuerdo con esa definición, dispone que las partes de una relación jurídico-procesal pueden ser las personas naturales o jurídicas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades o colectivos y la naturaleza.

Al ser la naturaleza un sujeto de derechos *sui generis*, respecto de la cual cualquiera de los otros sujetos puede tener un interés legítimo, directo o indirecto en su protección, el art. 38 dispone que “podrá ser representada por cualquier personanatural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia”. Aun teniendo todos los derechos inherentes a las partes en juicio, se dispone en consideración a su peculiaridad que “no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida”.

Aquí radica una diferencia esencial entre la naturaleza y los demás sujetos que pueden ser parte en el proceso. Ella no puede ser demandada ni reconvenida porque está expresamente prohibido. ¿Pero no podría demandarse a los representantes de la naturaleza en cuanto tales, de la misma manera que a los de las personas jurídicas o los judicialmente incapaces? ¿No podría el demandado por presunta de la violación de los derechos de la naturaleza defenderse presentando una contrademanda o demanda reconvenzional?

En nuestra opinión, ello pudiera ser posible respecto de la demanda reconvenzional en el marco del sistema procesal no penal, porque no iría contra la naturaleza en tanto sujeto, que como tal carece de la capacidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, como sucede con cualquier persona

<sup>15</sup> Algunas críticas a la unificación de todos los procesos en un solo cuerpo legal pueden verse en ABAD ARÉVALO, Dana, “Particularidades del procedimiento laboral en el contexto del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)”, *FORO Revista de Derecho*, No. 24/2015, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, pp. 23-38.

natural declarada judicialmente incapaz, sino contra quien o quienes sean o se hayan erigido en sus representantes procesales; de otra manera, el resto de los sujetos de derechos que puede ser demandado pero no contrademandar, quedarían en una situación de desigualdad procesal con respecto a aquellos representantes, lo que aumentaría además las posibilidades de que en nombre de los derechos de la naturaleza se intente proteger otros intereses distintos a los que se invocan —como daños patrimoniales o personales derivados del daño ambiental, por ejemplo—.

## **b) Legislación penal**

En el Capítulo cuarto del COIP se tipifican los delitos contra el ambiente y la naturaleza o *Pacha Mama* (arts. 245- 267). Ello supone que la naturaleza es uno de los sujetos de derechos protegidos por la legislación penal, en tanto el ambiente sería un objeto de tutela de la propia legislación, o dicho técnicamente, uno de los bienes jurídicos protegidos en ese capítulo, visto siempre desde la perspectiva de su utilidad para satisfacer las necesidades del ser humano o asegurar el goce efectivo del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Sin embargo, cuando se hace un análisis de los delitos tipificados, ninguno se refiere a la protección de la naturaleza en tanto sujeto de derecho,<sup>16</sup> sino a las conductas delictivas que puedan afectar el ambiente. Entre esos delitos se encuentran la invasión de áreas de importancia ecológica, los incendios forestales y de vegetación, contra la flora y fauna silvestres y contra los recursos del patrimonio genético nacional, maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía, peleas o combates entre perros, contra el agua, el suelo y la adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Contrariamente a nuestra opinión, en un trabajo reciente Hugo ECHEVERRÍA afirma que el COIP “tipifica delitos contra la naturaleza”, sin ofrecer mayores argumentos. ECHEVERRÍA V., Hugo, “El Derecho penal y los derechos de la naturaleza”, en Adolfo Maldonado y Esperanza Martínez, *Una década con derechos de la naturaleza*, Abya Yala, Quito, 2019, p. 84.

<sup>17</sup> Además: contaminación del aire; gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas; falsedad u ocultamiento de información ambiental; actividad ilícita de recursos mineros; financiamiento o suministro de maquinarias para extracción ilícita de recursos mineros, paralización del servicio de distribución de combustibles, almacenamiento, transporte, envasado; comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles, almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial y sustracción de hidrocarburos.

Pudiera pensarse que la naturaleza está constituida por cada uno de los elementos protegidos bajo el bien jurídico denominado ambiente, pero ello es incongruente con su carácter de sujeto de derechos, en la medida en que esos elementos son contemplados como objetos de protección jurídica y no como entes a los cuales deben salvaguardarse penalmente unos derechos que le han sido reconocidos en el texto constitucional. Por otra parte, no se explica qué relación puede tener un delito como la comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial y sustracción de hidrocarburos, con la obligación de precautelar los derechos de la naturaleza, o de qué manera esa actividad pudiera no ser vista desde sus consecuencias puramente económicas.

Si el cometer alguno de esos delitos tuviera alguna incidencia directa sobre los derechos de la naturaleza, habría que considerar a esta como víctima y reconocerle y hacer efectivos todos los derechos inherentes a esa condición. Pero resulta que el carácter de víctima que pueda atribuirse a la naturaleza en su conjunto, no es clara en las disposiciones del COIP. De conformidad con su art. 144, se consideran víctimas, entre otras, a “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción”.

Esa disposición se refiere a tres tipos de sujetos de derechos: personas naturales, personas jurídicas y “demás sujetos de derechos”. Para que estos últimos, entre los que en principio se puede incluir a la naturaleza, se consideren víctimas del delito, debe acreditarse la ocurrencia de un daño a un bien jurídico que los afecta individual o colectivamente. Dado que la naturaleza no entra entre los sujetos que individual o colectivamente puedan ser afectados por el delito, los “demás sujetos de derecho” a que se refiere el artículo no pueden ser otros que las personas naturales o jurídicas señaladas en primer lugar, integradas por seres humanos y que por tanto excluyen a la naturaleza que no es ni lo uno ni lo otro.<sup>18</sup>

Desde el punto de vista procesal, del COIP también interesa señalar algunas particularidades con respecto a los derechos de la naturaleza. Lo primero es que, a diferencia del COGEP, la naturaleza no es considerada sujeto de derecho y, en consecuencia, tampoco un sujeto procesal.<sup>19</sup> De conformidad con el art. 195 constitucional, concordante con el art. 410 del COIP, corresponde a la fiscalía el ejercicio de la acción penal pública, en tanto el ejercicio privado

<sup>18</sup> Por supuesto, podría extenderse a los titulares de derechos reconocidos en el art. 10 constitucional, pero ello no desacredita la objeción señalada.

<sup>19</sup> Art. 439: “Sujetos procesales. Son sujetos del proceso penal: 1. La persona procesada, 2. La víctima, 3. La Fiscalía, 4. La Defensa”.

de la acción corresponde “únicamente a la víctima, mediante querrela”. De esas disposiciones habría que entender que debería ser facultad de la fiscalía el ejercicio de la acción penal pública en defensa de la naturaleza, como hace con el resto de las víctimas, pero al no ser la naturaleza una de ellas esa posibilidad se desvanece.

En esas circunstancias, la única opción disponible para proteger los derechos de la naturaleza a través del proceso penal sería mediante el art. 441.7, que considera víctima a “cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos”. Sin embargo, ello obliga a definir los conceptos jurídicos indeterminados “interés directo”, “intereses colectivos” e “intereses difusos”, lo que deja a discreción del juzgador actuar el admitir o no una denuncia por presunta violación de los derechos de la naturaleza, sin perjuicio de que también pueda ejercer la acción penal el Estado a través de la autoridad ambiental cuando se considere víctima, de conformidad con el art. 441.6.

Como conclusión del análisis anterior, se puede afirmar que en el ámbito penal los derechos de la naturaleza en tanto sujeto de derechos no reciben una protección significativa, por cuanto no es considerada sujeto procesal ni víctima, ni se tipifican delitos que tengan como bien jurídico protegido cualquiera de los derechos que le son reconocidos en los arts. 71 y 72 de la Constitución.

### **c) Legislación administrativa**

El Código Orgánico Administrativo fue publicado en el Registro Oficial de 7 de julio de 2017, entró en vigencia el 7 de julio de 2018 y regula tantos los aspectos sustantivos como los procedimientos internos de la Administración Pública.<sup>20</sup>

Para una mejor comprensión de las relaciones jurídicas en el ámbito de la Administración Pública respecto de los derechos de la naturaleza, hay que tener en cuenta, además del COAd, el Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización (COOTAD),<sup>21</sup> donde se establecen las

<sup>20</sup> Los sujetos de esas relaciones jurídicas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 225 constitucional, son los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

<sup>21</sup> R. O. de 19/10/2010.

competencias concurrentes y exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados, entre las que se incluyen algunas relacionadas con la recuperación y conservación de la naturaleza y el mantenimiento de medio ambiente sostenible y sustentable.

Sobre el primero debe decirse que no contempla a la naturaleza como uno de los sujetos de derechos. En su art. 43 dispone que “cuando en este Código se utiliza el término persona, además de referirse a las personas naturales, nacionales o extranjeras, se emplea para identificar a las personas jurídicas, públicas o privadas y a aquellos entes que, aunque carentes de personalidad jurídica, el ordenamiento jurídico les otorga derechos y obligaciones con respecto a la administración, tales como, comunidades de personas o bienes, herencias yacentes, unidades económicas o patrimonios independientes o, en general, universalidades de hecho o de derecho, entre otros”.

Aunque la enumeración contenida en ese artículo no representa un *numerus clausus*, es poco probable que alguna de ellas pueda ser reinterpretada de modo tal que permita incluir a la naturaleza en el concepto de persona, a no ser en la última parte del texto que deja abierta la posibilidad de que se consideren como tal otros entes. Si el legislador hubiera tenido la intención de reconocer a la naturaleza entre las “personas” que se definen en ese artículo, sencillamente la hubiera llamado por su nombre, extendiendo hasta el ámbito de la Administración Pública la cualidad de sujeto de derechos que le atribuye la Constitución, con los que se hubiera podido asegurar de una manera más eficaz la protección de sus derechos en el complejo entramado de la Administración Pública.

No obstante que la naturaleza no sea expresamente señalada como sujeto de derechos en este ámbito legislativo, ello no impide que a través del procedimiento administrativo sus derechos puedan ser defendidos de la misma manera que los propios de los administrados, por cuanto la diferencia entre los sujetos no influye en la vialidad de las garantías diseñadas al efecto. La necesidad de precautelar los derechos de la naturaleza en sede administrativa es más fuerte que en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico y el ejercicio del poder, puesto que es precisamente la Administración Pública, en el ejercicio de sus competencias, quien otorga las licencias, concesiones o permisos necesarios para la explotación de los recursos naturales o los bienes ambientales.

### **III. Leyes ambientales y derechos de la naturaleza**

En este apartado se analiza una muestra de lo que el citado Raúl BRAÑES denomina legislación propiamente ambiental. Como el conjunto de esa legislación

puede ser abrumador por su cantidad, orígenes y contenido, el estudio se centra en algunas leyes, orgánicas o no, que se pueden considerar emblemáticas respecto de las relaciones entre los derechos de la naturaleza y su lugar entre las que regulan las diversas acciones o actividades económicas que pueden realizarse sobre los recursos naturales o los bienes ambientales.

A tal efecto, consideramos como las leyes más importantes de la década transcurrida desde la entrada en vigencia de la Constitución hasta el presente:<sup>22</sup> la Ley de Minería,<sup>23</sup> la Ley Orgánica del régimen de la soberanía alimentaria,<sup>24</sup> la Ley Orgánica de recursos hídricos y usos y aprovechamiento del agua<sup>25</sup> y el Código Orgánico del Ambiente.

### **a) Ley de Minería**

De esta ley interesa señalar dos aspectos importantes. Por un lado, el modo en que se refiere a los derechos de la naturaleza, y por otro, una omisión significativa respecto a la obligación de protegerlos y garantizarlos, que recae sobre el Estado.

Por lo que se refiere al primero, a pesar de las afectaciones considerables que la minería puede causar al ambiente, los recursos naturales y los derechos de la naturaleza en tanto sujeto, en dicha ley solo se hace referencia a aquellos en dos oportunidades. Una en la parte expositiva, donde afirma que el “Estado promoverá el buen vivir de la población, e incentivará aquellas formas de producción que preserven sus derechos y el cuidado de la naturaleza”.

Aunque se trata de una ley posterior a la Constitución, cuyo contenido debería desarrollar las formas concretas de protección de los derechos de la naturaleza en las actividades mineras, ni siquiera se le reconoce a esta el carácter de sujeto de derechos que merece respeto y debe recibir protección. Peor aún, ni esos derechos ni la nueva Constitución se encuentran entre los argumentos

<sup>22</sup> Aunque tiene un peso fundamental por tratarse de una de las actividades más agresivas sobre el ambiente y los derechos de la naturaleza, no se considera la Ley de Hidrocarburos (Decreto Supremo 2967, R. O. de 15/11/1978) por ser anterior a la entrada en vigencia de la CE. Dicha ley no obstante haber sido reformada incluso después de 2008, no incluye referencia alguna a los derechos de la naturaleza.

<sup>23</sup> R. O. de 29/1/2009.

<sup>24</sup> R. O. de 5/5/2009.

<sup>25</sup> R. O. de 6/8/2014.

que motivaron<sup>26</sup> la derogación de la anterior Ley de Minería de 1991 y su reemplazo por la actual.<sup>27</sup>

Por lo que se refiere a la parte dispositiva de la ley, solo uno de sus artículos prevé la protección de los derechos de la naturaleza. En efecto, el art. 79, que se refiere al tratamiento de las aguas usadas en la minería, dispone que deben ser devueltas a la fuente original de donde fueron obtenidas, libres de contaminación o cumpliendo los límites permisibles, “con el fin que no se afecte a los derechos de las personas y de la naturaleza reconocidos constitucionalmente”. Paradójicamente, la ley solo contempla la protección de los derechos de la naturaleza respecto de las aguas utilizadas en el proceso de explotación de los recursos mineros,<sup>28</sup> mientras la deja sin protección durante todo el proceso de exploración, explotación y demás actividades directas o indirectas asociadas a la minería.

El segundo aspecto, relativo a la omisión de la responsabilidad del Estado de garantizar los derechos de la naturaleza, se puede apreciar en el art. 78 de la LM, donde se establecen las obligaciones de los titulares de derechos mineros. Una de esas obligaciones consiste en “elaborar y presentar estudios o documentos ambientales, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades”. A pesar de la importancia del estudio de impacto ambiental sobre las posibles afectaciones a los derechos de la naturaleza, no se prevé ninguna obligación referida a las formas concretas en que el titular del derecho minero hará efectivos aquellos derechos en su actividad,<sup>29</sup> o en qué medida las afectaciones podrían remediarse por vía de la restauración, que es otro de los derechos de la naturaleza.

<sup>26</sup> En los estudios de técnica legislativa y teoría de la legislación, la exposición de motivos de las leyes ocupa un lugar importante, por cuanto permite conocer ciertos indicios referidos a la dinámica legislativa y las razones para la modificación, derogación o abrogación de las leyes. Un estudio reciente resaltando la importancia de la exposición de motivos y el preámbulo de las leyes puede verse en MAMANI ROMERO, Ildelfonso, “Importancia de la exposición de motivos”, en *18 ensayos de Técnica legislativa y Elaboración de leyes*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2013, pp. 49-54. La exigencias sobre la exposición de motivos en las leyes ecuatorianas puede verse en el *Manual de Técnica Legislativa* de la Asamblea Nacional, 2014, pp. 22-29.

<sup>27</sup> R. O. de 31/5/1991. El único argumento de fondo relativo a la necesidad de actualizar la legislación minera fue su insuficiencia para responder a los intereses nacionales, así como la necesidad de corregir y frenar las afectaciones ambientales, sociales y culturales, con regulaciones seguras y eficientes, acordes al nuevo modelo de desarrollo deseado por el país. Véase el primero de los Considerando de la LM.

<sup>28</sup> La protección es en sí misma, limitada en cuanto a su alcance, porque no en toda actividad minera se utiliza agua en el proceso de explotación.

<sup>29</sup> La misma omisión se puede verificar en el Reglamento General de la LM, R. O. de 16/11/2009.

## **b) Ley Orgánica del régimen de la soberanía alimentaria**

Esta ley entró en vigencia en 2009, unos meses después de aprobada la Constitución y en plena euforia por el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. Sin embargo, su contenido no se refiere a ellos como uno de los argumentos que justifican su aprobación, puesto que no hay ninguna referencia a ellos en su parte expositiva. En cambio, en la parte dispositiva existen tres referencias concretas sobre el tema que nos ocupa. El art. 2 dispone que “las normas y políticas que emanen de esta Ley garantizarán el respeto irrestricto a los derechos de la naturaleza y el manejo de los recursos naturales, en concordancia con los principios de sostenibilidad ambiental y las buenas prácticas de producción”.

Por su parte, el art. 6 señala que, como parte de la función ambiental de la tierra en cuanto a su acceso y uso, se debe procurar el respeto “a los derechos de la naturaleza y del buen vivir”. La última disposición relativa al tema está contenida en el art. 26, donde se señala que las leyes especiales que regulen materias específicas en el ámbito agroalimentario, deben establecer “los instrumentos que garanticen el respeto a los derechos de la naturaleza”.

En esos tres artículos, aunque de modo confuso e inapropiado en términos de técnica legislativa, se puede discernir un reconocimiento implícito a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que se deriva de la interpretación de la expresión “respeto” en lugar de “protección” de los derechos de la naturaleza. Y es que el respeto lo merecen aquellos sujetos o entes que representan o tienen un valor en sí mismos, al margen del provecho o utilidad que puedan proveer para otros sujetos, mientras por lo general la protección jurídica se garantiza a los entes que sirven de medios para los fines de otros, como sería el caso de los recursos naturales con respecto a la satisfacción de las necesidades de los seres humanos, o el goce efectivo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

## **c) Ley Orgánica de recursos hídricos y usos y aprovechamiento del agua**

Esta ley marca un giro excepcional con respecto a las analizadas anteriormente, puesto que dispone de un capítulo completo dedicado a los derechos de la naturaleza. En el art. 64 desarrolla las formas concretas en que deben salvaguardarse a través del uso y conservación del agua.

En su texto se aprecian dos niveles distintos de reconocimiento de los derechos de la naturaleza. En el primero está el derecho genérico a la conservación de las aguas y sus propiedades como soporte esencial para todas las formas de vida; mientras en el segundo ese derecho se desenvuelve en otros tantos

más específicos, como son el derecho a la protección de sus fuentes, al mantenimiento del caudal ecológico, a la preservación del ciclo hidrológico, a la protección de las cuencas hidrográficas y a la restauración y recuperación de los ecosistemas por efecto de los desequilibrios producidos por la contaminación de las aguas y la erosión de los suelos.

En nuestra opinión, esa es la técnica adecuada para desarrollar los derechos de la naturaleza en la legislación propiamente ambiental. Cada una de las leyes relativas a la prospección, exploración, explotación, uso y comercialización de los recursos naturales o los bienes ambientales debería especificar las formas concretas en que se aplican los derechos de la naturaleza a esa materia específica, así como los mecanismos idóneos para asegurar su respeto y protección a través de los instrumentos propios del Derecho ambiental, teniendo siempre presente que la naturaleza como totalidad es un sujeto de derechos que se expresa a través de los diferentes elementos que la integran y cuyos derechos deben ser respetados en cualquier circunstancia.

Otras dos leyes de carácter ambiental fueron aprobadas en el periodo analizado, ninguna de las cuales tiene un interés especial respecto de los derechos de la naturaleza. La primera es la Ley Orgánica de agrobiodiversidad, semillas y fomento de agricultura,<sup>30</sup> que carece de referencias a la naturaleza en tanto sujeto de derechos. La otra es la Ley Orgánica de tierras rurales y territorios ancestrales,<sup>31</sup> cuya única mención consiste en señalar en su art. 12 que “el cumplimiento de la función ambiental conlleva también el respeto a los derechos ambientales individuales, colectivos y los derechos de la naturaleza”.

A nuestro juicio, en cada una de estas leyes el legislador debió prever en su ámbito de aplicación las formas concretas de precautelar los derechos de la naturaleza, toda vez que tanto una como la otra regulan aspectos esenciales, cuya salvaguarda redundaría directamente en beneficio de la realización de los derechos de la naturaleza, y donde su cualidad de sujeto de derechos puede imprimir un carácter sustancialmente distinto a las formas tradicionalmente agresivas del uso de la tierra para la agricultura a gran escala, propiciando además el uso de tecnologías y técnicas sustentables, sostenibles y amigables con el ambiente.

#### **d) Código Orgánico del Ambiente**

Este código tiene por objeto, según lo dispone su art. 1, “garantizar el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir

<sup>30</sup> R. O. de 10/6/2017.

<sup>31</sup> R. O. de 14/3/2016.

o *sumak kawsay*". Desde esa primera disposición, se puede intuir el lugar de los derechos de la naturaleza en la arquitectura general del derecho humano a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Y esa posición es la de un lugar, un medio y un espacio donde se puede realizar el buen vivir como forma de vida en armonía con la naturaleza, de acuerdo con diferentes artículos de la Constitución, donde se relacionan aquellos derechos con la satisfacción de las necesidades humanas y la realización de los derechos de las personas, especialmente los "derechos del buen vivir", cuya satisfacción no es posible sin la explotación de los recursos naturales y los bienes ambientales.

Pues bien, ese artículo del COAm se hace eco de aquel doble discurso de que es presa la CE, que por un lado reconoce a la naturaleza unos derechos que difícilmente pueden ser protegidos, garantizados y defendidos si no es a condición de limitar la satisfacción de ciertos derechos de las personas, y por otro la obligación del Estado de asegurar para todas las personas un nivel de vida material y espiritual, definido como el buen vivir, que no es viable al margen de la violación sistemática de los derechos de la naturaleza reconocidos en los arts. 71 y 72.

En el resto del contenido, el COAm repite las disposiciones fundamentales del texto constitucional relativas a los derechos de la naturaleza, su cualidad de sujeto y las obligaciones del Estado y las instituciones públicas y privadas y las personas de respetarlos; asimismo, establece algunos mecanismos de protección de aquellos derechos como son la acción civil por daños ambientales y la acción popular con el mismo propósito, además de las disposiciones referentes a la fauna y el arbolado urbano, cuya responsabilidad corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados locales.

En resumen, se puede afirmar que hay una distancia muy grande entre los postulados del discurso ecologista y ambientalista que propició el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, y el desarrollo legislativo de sus derechos en la legislación ambiental, donde ambos aspectos apenas aparecen como referencias en su parte expositiva, mientras en la parte dispositiva existe un despliegue apropiado de los derechos de la naturaleza en cuanto a su alcance, contenido y formas de asegurar su plena vigencia en cada uno de los sectores regulados por la leyes de analizadas.

Esa ausencia de desarrollo, es más incomprensible sobre todo porque se trata de leyes orgánicas, excepto la Ley de Minería, una de cuyas características debe ser precisamente la regulación de los derechos y garantías constitucionales.<sup>32</sup> Por supuesto que ellas regulan los derechos, las obligaciones y las

<sup>32</sup> CE, art. 133.

garantías de los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas materia de reglamentación, en tanto los recursos naturales y los bienes ambientales, que son elementos de la naturaleza y por tanto entes con derechos, aparecen como objeto de esas relaciones, lo que atenta contra su carácter de sujetos de derechos de jerarquía constitucional y es contraria a la concepción biocéntrica que debería atravesar todo el ordenamiento jurídico.

#### **IV. Defensa de los derechos de la naturaleza**

En materia de derechos, para asegurar su efectiva vigencia no es suficiente con que se reconozcan a nivel constitucional o legislativo, sino que es preciso que en el ordenamiento jurídico se creen las condiciones necesarias para su defensa y salvaguarda, de manera que tanto por sus titulares individuales como por aquellos que se puedan sentir directa o indirectamente afectados por la violación de los derechos colectivos o difusos, puedan ejercer las acciones legales correspondientes por vía administrativa o judicial.

Y es que los derechos son tanto una facultad de sus titulares como una obligación del resto de las personas o instituciones públicas o privadas de la sociedad; cuando estas incumplen sus obligaciones por acción u omisión, surge para aquellas la facultad de activar los mecanismos legales apropiados para su defensa.

Lo mismo aplica con respecto a la naturaleza. El respeto a sus derechos una obligación del resto de los titulares de derechos reconocidos en el art. 10 constitucional. Ese respeto incluye la obligación de no afectar su existencia integral, el mantenimiento de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos. Igualmente, sobre el resto de los titulares de derechos recae la obligación de restaurar a la naturaleza cuando se le causen daños por la acción humana o se violen cualquiera de sus derechos previstos en los arts. 71 y 72.

Ese análisis sugiere que los derechos de la naturaleza pueden ser examinados desde dos perspectivas radicalmente distintas, según se tome como punto de partida a ella misma en tanto sujeto de derechos o a cualquiera de los otros titulares de derechos. Desde la segunda perspectiva se pueden interpretar como una obligación en sentido fuerte, es decir, una obligación cuyo incumplimiento puede dar lugar a la aplicación de las consecuencias negativas previstas en la legislación, que pueden consistir en responsabilidad administrativa, civil o penal.

Con esa hipótesis, es adecuado sostener que el reconocimiento de derechos a la naturaleza y su carácter de sujeto no garantiza por sí solo una mejor protección del ambiente, los recursos naturales o el resto de los elementos que la integran, por cuanto su realización efectiva depende más del cumplimiento

de las obligaciones impuestas al sujeto pasivo que de la cualidad que se le atribuya al sujeto activo o los derechos que se le reconozcan en la Constitución o en el resto del ordenamiento jurídico.

Para profundizar más en el análisis, conviene hacer las siguientes precisiones. Desde un punto de vista lógico-jurídico, las conductas de los sujetos o titulares de derechos pueden ser *obligatorias*, *prohibidas* o *permitidas*: una misma forma de comportamiento no puede ser expresada por dos de esos operadores deónticos simultáneamente, pero puede ser regulada mediante cualquiera de los tres con resultados similares en cuanto su formulación lógica.<sup>33</sup> Decir, por ejemplo, que *N* tiene derecho a *D*<sup>34</sup> puede ser expresado diciendo que *N* tiene permitido hacer *D*, mientras para el resto de los sujetos de derechos está prohibido evitar que *N* realice *D*, o que están obligados a permitir que *N* realice *D*.<sup>35</sup> En cualquier caso, el razonamiento presupone que *N* tiene conciencia, voluntad y autonomía para asumir deliberadamente un comportamiento, lo que no es posible sostener respecto de la naturaleza, que carece de esas tres propiedades en comparación con los seres humanos.

Cuando se aplica ese razonamiento lógico a los derechos de la naturaleza el resultado puede ser poco satisfactorio, ya que la Asamblea Constituyente, aun con los plenos poderes de que fue investida, no hubiera podido, por ejemplo, imponer a la naturaleza como sujeto de derechos una conducta consistente en una “obligación de restaurarse”, una “prohibición de no restaurarse” o un “permiso para restaurarse”, o cualquier otra forma de comportamiento que implicara alguno de los operadores deónticos con que funciona el Derecho.<sup>36</sup>

En consecuencia, se puede concluir que, en términos jurídicos, los derechos reconocidos a la naturaleza pueden ser mejor interpretados como facultades atribuidas a toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad, para exigir a la autoridad pública su cumplimiento, o como obligaciones impuestas al Estado para garantizar aquellos derechos o de establecer los mecanismos más eficaces para propiciar y promover su restauración cuando sean violados.

La plena satisfacción de los derechos de la naturaleza depende de las acciones o la forma de comportamiento que asuman el resto de los titulares de

<sup>33</sup> Sobre la lógica general aplicada al estudio del Derecho, puede verse GARCÍA ZÁRATE, Óscar Augusto, *Introducción a la lógica*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2003. Sobre cómo funcionan los operadores deónticos, puede verse la obra clásica de BOBBIO, Norberto, *Derecho y Lógica*, UNAM, 2006, pp. 3-41.

<sup>34</sup> *N* sería la naturaleza en tanto sujeto de derechos y *D*, cualquiera de los derechos reconocidos en los arts. 71 y 72 del texto constitucional.

<sup>35</sup> AGUDELO GIRALDO, Oscar Alexis et al., *Lógica aplicada al razonamiento del derecho*, 2ª ed., Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2017.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi, *La lógica del Derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, Trotta, Madrid, 2017.

derechos respecto de aquella. De ello se puede deducir, como regla, que a mayor cumplimiento de las obligaciones de los primeros, habrá una mayor satisfacción de los derechos de la segunda, y viceversa.

Por esa razón, en este epígrafe se abordan algunos derechos o facultades atribuidas a las personas, cuyo ejercicio puede incidir directamente en la realización de los derechos reconocidos a la naturaleza, en la medida en que mediante su activación es posible exigir a las instituciones públicas o privadas que respeten aquellos derechos, o se pueden interponer recursos por vía administrativa o judicial con el propósito de salvaguardarlos.

### **a) Derecho a la consulta previa, libre e informada**

Este derecho tiene en la Constitución dos formulaciones distintas, en dependencia de las personas que deban ser consultadas. Si se trata de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas es de aplicación lo dispuesto en el art. 57.7; en cambio, si se refiere a cualquier otra comunidad se aplica el art. 398. En cualquiera de los dos casos, el supuesto para realizar la consulta es la posible afectación al ambiente que pueda resultar de la intervención humana sobre los recursos naturales o los bienes ambientales.

I. La consulta previa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas respecto de las decisiones que puedan afectarlas es un derecho reconocido a nivel internacional tanto en el Convenio 169/1989 de la OIT, Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes,<sup>37</sup> como en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la ONU en 2007.<sup>38</sup> A continuación se analizan los elementos fundamentales que configuran ese derecho.<sup>39</sup>

*Sujeto a consultar.* Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quienes tienen el derecho a ser consultadas.

<sup>37</sup> Adoptado el 27/6/1989, en vigor desde el 6/9/1991, ratificado por el Estado ecuatoriano el 15/05/1998. Artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

<sup>38</sup> Adoptada el 13/9/2007. Artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

<sup>39</sup> Un estudio detallado sobre esos elementos puede consultarse en DE LA ROSA RONDÓN, Martín Gabriel, “Inobservancia del derecho a la consulta previa”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, No 16/2016, Colombia, pp. 38-66.

*Sujeto consultante.* La Asamblea Nacional, según lo dispuso la Corte Constitucional en la Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN Y 0011-09-IN de 18 de marzo de 2010.<sup>40</sup>

*Contenido esencial.* Derecho a ser consultados sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Derecho a participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

*Requisitos para la consulta.* Recursos naturales no renovables que se encuentren en tierras indígenas, su explotación o comercialización pueda afectarles.

*Efectos de la consulta.* No vinculante, al no haberse cumplido la reserva prevista para el desarrollo de ese derecho quedaría por definir el alcance de los resultados de la consulta respecto de las obligaciones del Estado y los derechos de los consultados.<sup>41</sup>

II. El art. 398 constitucional tiene una formulación más abierta, por cuanto se refiere a cualquier comunidad que pueda ser afectada, y no define qué tipos de afectaciones o qué tipo de acciones o actividades deban ser objeto de consulta.

*Sujeto a consultar.* Cualquier comunidad.

*Sujeto consultante.* El Estado.

*Contenido esencial.* Decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente.

*Requisitos para la consulta.* Cualquier afectación ambiental.

*Efectos de la consulta.* No vinculante, en caso de oposición mayoritaria la decisión corresponderá a la autoridad competente.

III. En el COOTADse establece un tipo de consulta distinta a las dos anteriores. Se trata de la consulta prelegislativa prevista en su art. 425, que procede

<sup>40</sup> Un análisis exhaustivo del contenido y alcance de esa sentencia, así como algunas críticas puede verse en GARCÍA CEVALLOS, José, "La Consulta previa como derechos de los pueblos indígenas. Sentencia No.001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados). Declaración de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la ley de Minería", *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo* No. 1/2015, pp. 61-79.

<sup>41</sup> Hasta el momento no se ha aprobado por la Asamblea Nacional una ley que desarrolle este derecho a la consulta previa e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, aunque se han presentado varios proyectos. Un análisis de algunos presentados hasta 2012 puede verse en CARRIÓN, Patricia, *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*, Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2012, pp. 25-47.

respecto de “aquellas normas que directa y objetivamente pudieren afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de sus respectivas circunscripciones territoriales”. Aunque no se refiere textualmente a las posibles afectaciones ambientales que puedan derivarse de la aplicación de las referidas normas, es obvio que están incluidos, en tanto derechos de los sujetos señalados.

Ahora bien, un análisis de conjunto de la configuración jurídica del derecho a la consulta previa, tanto a nivel constitucional como legislativo, permite apreciar que se trata de un derecho subjetivo cuyo ejercicio depende de que efectivamente sea activado ese mecanismo por parte del sujeto consultante cuando considere que están dados los requisitos previstos en la Constitución para que proceda. Otro aspecto importante es que ningún caso se refiere a las posibles afectaciones a los derechos de la naturaleza como una de las causas para activar el ejercicio de ese derecho, lo cual no impide que puedan ser invocados por el sujeto consultado como para iniciar el trámite de consulta, o utilizado como un argumento persuasivo adicional para reforzar sus pretensiones.

¿Qué función puede tener este tipo de consulta prevista en la CE para la salvaguarda de los derechos de la naturaleza? La primera de sus características es que la iniciativa para su ejercicio no corresponde a los potenciales afectados, sino a los beneficiarios, por esa razón podría tener una función limitada en la protección de los derechos de la naturaleza, ya que en teoría el sujeto consultante no organizaría una consulta de ese tipo si tuviera la certeza de que no ganará el favor de los consultados. De cualquier manera, aunque la haga, como el resultado no es vinculante si resulta desfavorable, tampoco es seguro que los derechos de la naturaleza queden a salvo.

Algo muy distinto sucede con la consulta prelegislativa prevista en el COOTAD, puesto que al ser preceptiva, cuando se cumplan los requisitos previstos para su convocatoria el sujeto consultante está obligado a realizarla. Sin embargo, esa obligación se limita a los pequeños proyectos que sean competencia de los gobiernos autónomos descentralizados en sus respectivas circunscripciones, lo que excluye los proyectos más agresivos contra el ambiente y los recursos naturales que son competencia del gobierno central, como son todos los que recaigan sobre recursos naturales no renovables.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Un breve análisis de la conflictividad generada entre los gobiernos autónomos descentralizados y el gobierno central respecto a la materia ambiental puede verse en LAREÁTEGUI FABARA, Fred, “Una mirada a los derechos de la naturaleza desde el Derecho administrativo”, en Adolfo Maldonado y Esperanza Martínez, *Una década con derechos de la naturaleza*, Abya Yala, Quito, 2019, pp. 95-103.

## **b) Acción civil por daño ambiental**

Para la protección de la naturaleza también se puede utilizar la acción civil por daño ambiental. Su regulación sustantiva se encuentra en el art. 302 del COAm, de conformidad con el cual “las acciones civiles como consecuencia del daño ambiental se podrán ejercer con el fin de obtener la correspondiente reparación”. Al efecto es preciso distinguir entre la acción civil por daños patrimoniales o de afectaciones particulares, ocurridos como consecuencia de afectaciones al ambiente, y la acción civil por daño ambiental propiamente dicha.<sup>43</sup>

Esa diferencia es fundamental desde el punto de vista procesal, por cuanto el art. 38 del COGEP dispone que “las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente”. La diferencia entre una y otra, además del bien jurídico afectado, radica en las formas concretas de responder por los daños causados.

El daño o los perjuicios producidos a las personas o su patrimonio pueden ser subsanados con la reparación o la indemnización, mientras los que afectan el ambiente, al no ser por lo general susceptibles de una valoración monetaria, pueden ser objeto de indemnización, remediación, restauración o reparación integral.<sup>44</sup> Otra diferencia importante es que la acción civil por daños patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente tiene un límite para su prescripción, mientras la acción civil por daños ambientales es imprescriptible.<sup>45</sup>

Pues bien, la acción civil por daños ambientales puede ser también una vía de protección de los derechos de la naturaleza, sin perder de vista que mientras el ambiente que sufre el daño es *objeto* de la relación jurídica procesal del que eventualmente resulte condenado el responsable, la naturaleza es un *sujeto de derechos* que concurre al proceso representada por una de las partes. Así, mientras en el primer caso la causa del proceso son los daños producidos al ambiente, en el segundo es la violación de los derechos de la naturaleza.

## **c) Derecho de petición**

Este derecho de las personas es otro de los que puede ser utilizado para defender los derechos de la naturaleza en caso de incumplimientos de sus

<sup>43</sup> Un análisis doctrinal con ejemplos de jurisprudencia ecuatoriana sobre estas distinciones, aunque basado en la derogada Ley de Gestión Ambiental (R. O. de 10/9/2004), puede verse en BEDÓN GARZÓN, René, “Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador”, *Ius Humani. Revista de Derecho* No. 2/2010- 2011, pp. 9-41.

<sup>44</sup> CE, art. 397.

<sup>45</sup> COGEP, art. 305.

obligaciones por parte del Estado o las instituciones públicas o privadas. Su formulación jurídica se encuentra en el art. 66.23 de la Constitución. A través de él surge la facultad que tiene toda persona de “dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas”. Cuando esas autoridades son las de la Administración Pública a nivel nacional o local, hay que atenerse a lo dispuesto en el art. 32 del COAd; si su contenido se refiere específicamente a los derechos de la naturaleza, la norma aplicable sería el art. 304 del COAm.

Dicho artículo faculta a “cualquier persona natural o jurídica, comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad, de manera individual o colectiva” para solicitar de la autoridad ambiental competente “el cumplimiento y tutela de los derechos de la naturaleza”. Asimismo se prevé la posibilidad de que los propios sujetos puedan denunciar las violaciones a la legislación ambiental vigente y “adoptar las acciones legales ante las instancias judiciales y administrativas correspondientes y solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental”. El responsable de la violación podrá ser sancionado al pago de “10 a 50 salarios básicos unificados, de conformidad con la gravedad del daño que se logró reparar, a favor del accionante”.

En ese extenso artículo se configuran un conjunto de garantías en favor de la protección de los derechos de la naturaleza, que pueden ser accionadas por cualquiera de las personas legitimadas ante la autoridad correspondiente. La petición puede realizarse ante dos instancias distintas: por un lado la judicial, donde además se pueden solicitar medidas cautelares en favor de la naturaleza, donde son aplicables las disposiciones del COGEP en materia procesal, por otro lado, en las instancias administrativas, donde serían aplicables las disposiciones del COAd en cuanto al procedimiento a seguir.

Sobre este último es importante destacar que recae sobre la Administración Pública la obligación de pronunciarse en los términos previstos en el art. 207 del COAd, puesto que el silencio administrativo será interpretado como una resolución positiva a favor del accionante.

#### **d) Acción de protección y medidas cautelares en favor de la naturaleza**

La acción de protección, como mecanismo para asegurar el respeto a los derechos de las personas, está prevista en el art. 88 de la Constitución. Su objetivo es el “amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial”. Su importancia en este estudio radica en que procede también para

asegurar la protección de los derechos de la naturaleza y con ese propósito ha sido utilizada en algunas ocasiones.<sup>46</sup>

Los requisitos de procedibilidad y los trámites a seguir están previstos en la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional,<sup>47</sup> arts. 39 al 42. En primera instancia corresponde resolverlas a los jueces y juezas de primer nivel, y en apelación a las cortes provinciales de justicia.<sup>48</sup>

Su utilidad para salvaguardar los derechos de la naturaleza radica en su carácter de garantía idónea para cualquiera de los derechos reconocidos a las personas, sin importar sus titulares, contenido o alcance. De ahí que sea probablemente la más utilizada en los últimos diez años para precautelar no solo los derechos de la naturaleza, sino algunos derechos humanos relacionados con ella, como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado o los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.<sup>49</sup>

## V. Derechos de la naturaleza y derechos humanos

Una última cuestión que interesa analizar es la relación posible entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos. Para ello se utilizan cuatro criterios de distinción que pueden ser esenciales para su comprensión como derechos constitucionales reconocidos a sujetos significativamente distintos. No obstante las diferencias entre ellos, también se aprecian algunos puntos de convergencia que son analizados en este mismo epígrafe.

### a) Diferentes sujetos

Los derechos humanos tienen como titulares a los seres humanos, ya sea que se consideren individual o colectivamente. En este caso se incluyen las personas jurídicas debidamente organizadas, pero también las comunas, las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas y en general los

<sup>46</sup> El estudio de un caso particular puede verse en SUÁREZ, Sofía. “Defendiendo la naturaleza...”, ob. cit.; referencia de otros casos de acción de protección a favor de los derechos de la naturaleza pueden verse en BEDÓN GARZÓN, René, “Aplicación de los derechos de la naturaleza en Ecuador”, *Capa* No. 20/2017, pp. 1-23.

<sup>47</sup> R. O. de 22/10/2009.

<sup>48</sup> Arts. 168-169.

<sup>49</sup> Algunas sentencias donde se resuelven acciones de protección sobre los temas indicados son las siguientes. De la Corte Constitucional: Sentencia No. 218-15-SEP-CC, Caso No. 1281-12-EP, Quito, D. M., 09/6/2015; Sentencia No. 218-15-SEP-CC, R. O. de 17/11/2015; Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados), Quito, D. M., 18/3/2010; Sentencia No. 034-16-SIN-CC, Caso N.0 0011-13-IN, Quito, D. M., 27/4/2016; De la Corte Provincial de Loja, Sala penal, Juicio No. 11121-2011-0010, de miércoles 30 de marzo de 2011.

titulares de derechos señalados en el art. 10 constitucional. Los derechos de la naturaleza tienen como sujeto a ella misma, entendida como una totalidad o conjunto de elementos bióticos y abióticos que la conforman, sin que sea posible individualizarlos para definir cuáles tienen derechos y cuáles no.<sup>50</sup>

Por esa razón, uno de los problemas que debería resolver una teoría de los derechos de la naturaleza es la distinción de los elementos que deben ser considerados bajo la nueva condición de sujetos de derechos y a cuáles, por el contrario, se les niega esa cualidad. Un bosque en su conjunto seguramente lo es, ¿pero lo son también las especies invasoras que habiten en él? Mientras esa tarea de individualización no se realice, la efectividad de los derechos de la naturaleza queda a la libre disposición del intérprete de la ley en los casos en que se ejerza alguna acción en su defensa, o a la de los responsables de la gestión ambiental.

## b) Diferencias de principios

Es un lugar común considerar que los derechos humanos son indivisibles, inalienables, imprescriptibles, universales y progresivos.<sup>51</sup> En la Constitución ecuatoriana esos rasgos distintivos se recogen en su art. 11.6, según el cual, “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Su contenido, de conformidad con el numeral 8 del propio artículo, “se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”.

Cualquiera sea el significado que se atribuya a cada una de esas características, difícilmente podrían ser extendidas a los derechos de la naturaleza reconocidos en los arts. 71 y 72.<sup>52</sup> En principio, no son universales, puesto que solo están

<sup>50</sup> El COAm define a la naturaleza como el “ámbito en el que se reproduce y realiza toda forma de vida incluido sus componentes, la cual depende del funcionamiento ininterrumpido de sus procesos ecológicos y sistemas naturales, esenciales para la supervivencia de la diversidad de las formas de vida”.

<sup>51</sup> CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 25/2011, pp. 3-29. Un análisis crítico de esas propiedades puede verse en ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo, “Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles”, *Revista de Humanidades de Valparaíso*, No. 4/2014, pp. 63-80. Sobre la progresividad, véase CALVO, Néstor Javier, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, *Revista Vis Iuris*, No. 1, vol. 1/2014, pp. 141-161, Universidad Sergio Arboleda, Colombia.

<sup>52</sup> Una opinión contraria sostiene la Corte Constitucional del Ecuador, cuando afirma que “los derechos de la naturaleza, al igual que el resto de derechos consagrados en la Constitución son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; siendo un deber fundamental del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados y

reconocidos con niveles diferentes de jerarquía en Ecuador y Bolivia;<sup>53</sup> en el primero tienen rango constitucional y en el segundo legislativo.<sup>54</sup> Tampoco son derechos progresivos, ya que en el art. 10 se dispone que la naturaleza “será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, de donde se deduce que ni la legislación ni la jurisprudencia pueden aplicar la cláusula de progresividad de los derechos humanos, para reconocer derechos no previstos expresamente en el texto constitucional.

Respecto del principio de interpretación de los derechos y garantías previsto en el art. 11.5, según el cual se deberá aplicar “la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”, si bien es aplicable también a la interpretación de los derechos de la naturaleza, que debe ser sistemática por su carácter transversal, cuando se debe ponderar entre estos y los derechos humanos pueden surgir ciertas complicaciones, como consecuencia de que la efectiva vigencia de algunos de los derechos del buen vivir<sup>55</sup> no es posible sin incurrir en una presunta violación de alguno de los derechos reconocidos a la naturaleza.<sup>56</sup>

### **c) Diferencias de alcance y contenido**

En virtud de su carácter universal, los derechos humanos se extienden a todos los seres humanos sin distinciones de cualquier tipo. Las diferencias que se puedan establecer solo se justifican si responden a la necesidad de brindar especial protección a personas o grupos vulnerables, marginados o tradicionalmente excluidos, a través de políticas de acción afirmativa o discriminación inversa, para asegurar el goce efectivo de los derechos humanos.<sup>57</sup> En la Constitución, ese tipo de acciones o medidas tienen diferentes propósitos, como promover la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se

establecidos en la norma constitucional”. Sentencia No. 034-16-SIN-CC, Caso No. 0011-13-IN Quito, D. M., 27 de abril de 2016.

<sup>53</sup> BARIÉ, Cletus Gregor, “Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza”, *Latino América. Revista de Estudios Latinoamericanos*, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, UNAM, No. 2/2014, pp. 9-40.

<sup>54</sup> En la Ley No. 071, de 21/12/2010.

<sup>55</sup> Arts. 12-34. Como afirma René BEDÓN GARZÓN (ob. cit., p. 14): “es imposible la contaminación cero puesto que todas las actividades que realiza el ser humano afectan al ambiente”.

<sup>56</sup> Una posible contradicción entre el derecho al trabajo, uno de los derechos del buen vivir, y los derechos de la naturaleza, fue el centro de análisis de otra sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, siendo alegado el primero por el demandado. Véase Sentencia No. 218-15-SEP-CC, Caso No. 1281-12-EP, Quito, D. M., 09 de julio de 2015.

<sup>57</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, *Revista de Filosofía*, No. 41/2007, Madrid, pp. 141-156; URTEAGA, Eguzki, “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 146/2009, Madrid, pp. 181-213.

encuentren en situación de desigualdad,<sup>58</sup> garantizar la participación de los sectores discriminados<sup>59</sup> o proteger los derechos de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria.<sup>60</sup>

A diferencia de ello, los derechos de la naturaleza no se extienden a todos sus elementos. Para asegurar su goce efectivo se impone la necesidad de distinguir entre sus diferentes elementos, para verificar a cuál de ellos se extiende la protección como sujetos y a cuáles, por el contrario, se les niega. Esa exigencia es imprescindible y se justifica por el propio carácter heterogéneo de la diversidad de componentes que la conforman, algunos de los cuales pueden causar daños a los seres humanos o a otras especies o ecosistemas y ello justifica su control o eliminación.

Por ejemplo, si se traza una línea divisoria entre los elementos bióticos y los abióticos, seguramente estos últimos deberían ser sujetos de los derechos, pero resulta que en la legislación ecuatoriana, que le reconoce derechos a la naturaleza como totalidad, niega esos derechos a los animales de cualquier especie, respecto de los cuales el ser humano solo está obligado a acatar ciertas prohibiciones o realizar determinadas acciones, so pena de ser sancionado de conformidad con la legislación vigente.<sup>61</sup>

En cuanto a su contenido, los derechos humanos protegen prácticamente todo el ámbito de relaciones públicas o privadas del ser humano en la sociedad, mientras los derechos de la naturaleza protegen aspectos específicos como los ciclos vitales, la estructura, las funciones y los procesos evolutivos necesarios para su existencia, que también es un derecho reconocido. El respeto de ese contenido esencial se refiere a la naturaleza en su conjunto, ya que no a todos los elementos que la integran le pueden ser reconocidos válidamente los mismos derechos, como el derecho a la existencia, que puede ser desconocido a animales o plantas que sean dañinos para el hombre o determinados ecosistemas.

#### **d) Convergencia en las garantías**

Los criterios de distinción utilizados permiten establecer algunas líneas divisorias entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos. Por supuesto, siguiendo otros criterios de comparación, podría llegarse a resultados distintos,

<sup>58</sup> Art. 11.2.

<sup>59</sup> Art. 65.

<sup>60</sup> Art. 203.4.

<sup>61</sup> Véase el Capítulo I del Título VII del COAm. Del COIP los arts. 249 y 250, que establecen como contravenciones el maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía y las peleas o combates entre perros, respectivamente.

pero lo importante es señalar que se trata de derechos sustancialmente diferentes en cuanto a los sujetos, el alcance y su contenido, y que por esa razón requieren de una aproximación metodológica apropiada a sus características singulares.

Sin embargo, no todo son diferencias. De hecho, en ambos casos se trata de derechos constitucionales o de jerarquía constitucional. Al analizar el ordenamiento jurídico ecuatoriano de manera sistemática se puede apreciar que al menos en lo que respecta a las garantías para asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución, tanto los derechos humanos como los de la naturaleza pueden ser protegidos a través de las mismas vías judiciales o administrativas. Para salvaguardar o precautelar cada uno de ellos se pueden ejercer las mismas acciones, individual o colectivamente, seguir iguales procedimientos y esperar un comportamiento similar de las autoridades competentes.

Las diferencias podrían estar más bien en la indeterminación propia de los elementos de la naturaleza a los que se atribuyan los derechos reconocidos a la totalidad, el carácter indeterminado de su contenido y la conjugación de principios que se considere relevantes para la argumentación jurídica desarrollada para aplicar o no las mismas garantías en sede administrativa o judicial, lo cual puede resultar eventualmente más complejo si se impone la necesidad de ponderar entre los derechos de la naturaleza y los derechos del buen vivir, donde el ente decisor deberá inclinarse a favor de unos u otros, o encontrar el punto medio que asegure en el mayor grado posible el goce efectivo ambos.

## **VI. Conclusiones**

Resumimos en este apartado las conclusiones principales del estudio.

La cualidad de sujeto de derechos de la naturaleza, sus características y límites no han sido adecuadamente desarrollados en la legislación procesal, donde además se pueden apreciar notables diferencias en diferentes leyes procesales. Así, mientras en el COGEP se le reconoce esa cualidad y el carácter de parte en los procesos judiciales no penales, en el COIP no existen normas al respecto, como tampoco se tipifican delitos que precautelen los derechos de la naturaleza en tanto sujeto, no se la considera víctima ni es claro quién debe ejercer la acción penal pública en defensa de sus derechos. Por su parte, en el COAd no existe referencia alguna a los derechos de la naturaleza ni a su estatus de sujeto, a pesar de ser el Derecho administrativo la materia más apropiada para precautelar los derechos de la naturaleza, por ser la que establece las autoridades y los procedimientos para otorgar los permisos, licencias y concesiones ambientales que pueden afectarlos.

En las leyes de contenido propiamente ambiental, aquellas que regulan la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales y los bienes ambientales, los derechos de la naturaleza no cuentan con un desarrollo apreciable en cuanto a su contenido, límites o garantías, por cuanto en su parte normativa por lo general solo se incluyen referencias a ellos, sin especificar cómo deben ser precautelados por las autoridades establecidas o el resto de los sujetos de derechos en el ámbito de su aplicación, a excepción de la Ley Orgánica de recursos hídricos y usos y aprovechamiento del agua.

A falta de un desarrollo apropiado de los derechos de la naturaleza, su carácter de sujeto de derechos y las garantías para eficacia, son aplicables las mismas formas de defensa de los derechos del resto de los titulares reconocidos en el art. 10 constitucional. Eso es posible porque en ninguno de los casos, las diferencias entre la naturaleza y el resto de los sujetos de derechos constituyen un obstáculo para que se puedan intentar las mismas acciones y aplicar las mismas garantías previstas para los derechos humanos, como lo demuestran varios procesos resueltos ante los tribunales y cortes ecuatorianas.

Las diferencias esenciales entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos en tanto derechos constitucionales se pueden verificar a partir del análisis de cuatro criterios de comparación: los sujetos, los principios que los rigen, su alcance y contenido y las garantías aplicables para su protección. Mientras en los tres primeros existen diferencias fundamentales, en materia de garantías existe convergencia, ya que estas pueden ser utilizadas indistintamente para salvaguardar cualquiera de los derechos reconocidos en la CE, tanto los de las personas como los de la naturaleza.

