

# EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS RIESGOS A LA LIBERTAD

## Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso *American Airlines*

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo de la UCV*

**Resumen:** *Se analiza cómo el concepto de Derecho administrativo asumido en la sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso American Airlines, constituye un riesgo para la libertad.*

La definición del Derecho administrativo no es, ni con mucho, tarea sencilla. Se trata, como se afirma, de un concepto fácil de describir pero difícil de precisar, lo que puede tener al menos dos explicaciones: la mutabilidad de la materia que esa disciplina ordena (la Administración y la actividad administrativa) y lo impreciso de las figuras jurídicas empleadas como claves de definición: la prerrogativa y el servicio público. Muy en especial sucede así con el servicio público: como concepto jurídico la expresión es inútil, pues por lo menos, al aludir a servicio público, podremos estar refiriéndonos a los servicios reservados por Ley Orgánica al Estado, o a los servicios que satisfacen necesidades de interés general. E incluso en este último sentido, definir qué ha de entenderse por “interés general” es una compleja labor.

Partiendo de la estrecha relación entre el poder y el Derecho administrativo, puede sostenerse que la errada definición de éste constituye un riesgo para la libertad. Un concepto muy restringido de Derecho administrativo podrá implicar que áreas del quehacer de la Administración queden al margen del principio de legalidad y de las garantías de los ciudadanos: sucede así con la –erradamente– denominada *actividad privada de la Administración*. Pero un concepto extensivo, por el contrario, podrá implicar la sujeción de los ciudadanos al régimen del Derecho administrativo. Hay aquí una antinomia, pues mientras la situación jurídica de los ciudadanos pivota sobre la libertad, la situación jurídica de la Administración pivota sobre la subordinación. De allí que extender indebidamente el Derecho administrativo como régimen sustantivo de la actividad de los ciudadanos, puede suponer un atentado cierto a la libertad, sobre todo, si esta extensión se basa en el maleable concepción de servicio público. Ya lo decía Delvolvé: el servicio público es un riesgo a la libertad (“Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss).

La sentencia de la Sala Constitucional de 8 de abril de 2010, caso *American Airlines*, es un ejemplo de los riesgos que la indebida definición de Derecho administrativo para la libertad. El fondo del caso es bastante sencillo: se trataba de un recurso de revisión incoado ante la Sala Constitucional, contra un fallo que había declarado la responsabilidad civil de esa empresa, basado en el régimen especial que informa a esa responsabilidad en el transporte aéreo.

Este caso, planteado desde la óptica civil de la responsabilidad extracontractual, fue sin embargo concebido por la Sala Constitucional desde el régimen de la responsabilidad patrimonial de Derecho administrativo, aplicado en tanto –a juicio de la sentencia- la empresa de transporte aéreo explota un servicio público.

Nótese bien que para el fallo comentado, la actividad económica de la empresa privada de transporte aéreo se somete a Derecho administrativo en tanto esa actividad es declarada, por Ley, servicio público, lo que *“conlleva necesariamente a entender que el régimen de responsabilidad patrimonial que le corresponde es de Derecho Público, y en específico, el previsto en las regulaciones especiales establecidas en la Ley de Aeronáutica Civil, indistintamente de que el transporte aéreo lo efectúe un particular, pues la normativa de Derecho Público se aplica en razón del servicio público latu sensu y no solo por el carácter orgánico de quien lo presta, ya que la prestación del servicio público puede estar desempeñada directamente por el Estado y demás entidades públicas, o por los particulares, cuando hayan recibido la adjudicación o concesión para llevar a cabo el servicio público encomendado”*.

No interesa adentrarnos en el análisis de las notas que identifican a ese régimen de responsabilidad, pues lo que interesa destacar es que ese régimen es el mismo que aplica para la Administración Pública, según la propia doctrina de la Sala Constitucional, es decir, un régimen especial, de Derecho Público y objetivo, distinto al régimen del Derecho Privado. Así, para la Sala Constitucional, una *empresa privada* debe equipararse a la Administración sólo por explotar una actividad que legalmente es declarada servicio público. La sentencia ciertamente no avanza en esta conclusión, pero si se es coherente con ella, entonces, debería admitirse que estas empresas privadas se sujetan a Derecho administrativo, también, en lo que atañe al control que ha de ejercer la Administración (es decir, los órganos y entes de la Administración), que sería un control “interadministrativo”, con el riesgo que ello implica para la libertad general de la empresa privada imbuida en un régimen de Derecho administrativo. En definitiva, si se admite que la empresa privada, al gestionar un servicio público, es equiparada a la Administración, entonces, debería trasladarse la idea de subordinación que distingue a la Administración, lo cual resulta la antítesis de la libertad general del ciudadano.

El error en que, para nosotros, incurre la Sala Constitucional, es pretender extraer de la sola declaratoria de servicio público alguna consecuencia específica, como es el régimen sustantivo aplicable. Régimen que para la Sala Constitucional no es otro que el Derecho administrativo, aplicado no en función a un criterio orgánico sino funcional: el servicio público. Y así lo recalca la Sala Constitucional al entender que ese régimen sustantivo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de las empresas de transporte aéreo, no es otro que el derivado del artículo 140 de la Constitución, o sea, el de la *“responsabilidad patrimonial de la Administración”*, que queda sustraída de *“cualquier remisión al derecho privado”*.

Pero también la Sala Constitucional se equivoca al sostener que por la mera declaratoria de servicio público, la actividad económica es emprendida por la empresa privada en virtud de *“la adjudicación o concesión para llevar a cabo el servicio público encomendado”*. En realidad, lo cierto es que no toda actividad declarada servicio público está reservada al Estado, como la propia Sala Constitucional ha declarado en otros fallos. La reserva viene determinada por la expresa decisión del Legislador –mediante Ley Orgánica- y no por la declaratoria de servicio público. Al aplicar ello al caso concreto, puede observarse que a pesar de ser el transporte aéreo un servicio público por Ley, no se encuentra reservado al Estado con lo cual, el título que habilita al ejercicio de dicha actividad es la libertad económica y no la concesión del Estado.

La sola calificación de una actividad como servicio público no produce consecuencia jurídica alguna en cuanto al régimen aplicable: si la actividad no se encuentra reservada al Estado, entonces, ella será consecuencia del derecho de libertad económica, cuyo ejercicio no puede ser equiparado a la actividad administrativa. Admitir ello –que es lo que hace la sentencia comentada- implicará reconocer que esa actividad está subordinada a la Ley y a los controles de la Administración, lo que es contrario a la libertad.

Por ello, si se persiste en pivotar el concepto de Derecho administrativo sobre el servicio público, no sólo no se habrá avanzado en la depuración conceptual de esa disciplina, sino que además, se estará afectando a la libertad general del ciudadano. En concreto, la libertad económica de la empresa privada que explota esa actividad de servicio público quedará desnaturalizada al someterse al régimen de subordinación propio de la Administración.