

Ampliación del ámbito contencioso administrativo

Hildegard Rondón de Sansó
*Profesora de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela
y en la Universidad Católica Andrés Bello*

SUMARIO

INTRODUCCION AL TEMA

- I. EL CONTENCIOSO DE ANULACION SOBRE TODOS LOS ACTOS DE AUTORIDAD
- II. EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

INTRODUCCION AL TEMA

Puede considerarse que la tendencia predominante en el campo del derecho en nuestra época es la de ampliar el ámbito del contencioso administrativo, para incluir en su esfera el control de sujetos y actuaciones que le eran completamente ajenos a la institución originaria. Esta tendencia se manifiesta tanto en el legislador, como en la jurisprudencia y en la doctrina. Ejemplo de una actuación legislativa extensiva de la esfera del contencioso, es el régimen establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que prolongara la competencia de los tribunales contencioso administrativos en el llamado contencioso de los derechos, a los entes de la administración descentralizada e incluso, a las empresas del Estado en las cuales el mismo tenga participación decisiva. Por lo que atañe a la jurisprudencia, la misma, como veremos, ha hecho más flexible el contencioso de anulación, aceptando en su campo, por una parte, a los recursos contra meras actuaciones, esto es, derogando la regla clásica de los actos formales como único objeto de control y por otra parte, admitiendo recursos contra decisiones dictadas por órganos ajenos a las administraciones tradicionales siguiendo así la novísima tesis de los "actos de autoridad". Por lo que respecta a la doctrina, la misma no sólo ha propugnado la tesis de los "actos de autoridad", a los cuales precedentemente se hiciera referencia, sino que también ha planteado la posibilidad de una extensión más efectiva del contencioso administrativo para que cubra nuevas esferas de la vida colectiva, justamente aquella en las cuales el administrado se encuentra desprotegido o carente de una protección eficiente. Al efecto, en conferencias y artículos de prensa hemos planteado un sistema de control de los servicios públicos mediante los tribunales contencioso administrativos, a cuyos lineamientos generales haremos referencia más adelante.

Cabe preguntarse el porqué asignar al juez contencioso administrativo nuevas tareas, y la respuesta está en el hecho de que contra las simples actuaciones de los entes dotados de supremacía frente a otros entes o personas físicas, sólo se puede accionar valederamente a través de órganos jurisdiccionales que posean facultades

suficientes para suspender los efectos de los actos y, finalmente, para declarar su nulidad. La lucha contra el desbordamiento de los poderes autoritarios, cualquiera que sea el agente que los detente, se plantea como una necesidad prioritaria en una sociedad de corte esencialmente liberal como la nuestra.

Otra razón que juega a favor de la asignación de competencias, en las materias que precedentemente se señalaron, a los jueces contencioso-administrativos, está en la credibilidad que la sociedad tiene en las soluciones del sistema que los mismos aplican, derivada, entre otras causas, de la eficiencia que al efecto han demostrado y de la mayor agilidad de su actuación.

En la exposición que sigue vamos a desarrollar los dos puntos que, a nuestro ver, conforman la más correcta y necesaria ampliación del contencioso administrativo: el control de los actos de autoridad y el control sobre los servicios públicos, esto último es, lo que ha sido bautizado con la designación de "contencioso de los servicios públicos".

II. EL CONTENCIOSO DE ANULACION SOBRE TODOS LOS ACTOS DE AUTORIDAD

El Contencioso Administrativo de Anulación se destina, desde sus orígenes, a controlar los actos administrativos formales de las administraciones públicas, lo cual quiere significar que está dirigido hacia un objeto específico perfectamente determinable constituido por los siguientes elementos:

a) Un acto, esto es, el producto concluido de un procedimiento administrativo, constituido por una manifestación de voluntad o de conocimiento, creador de una situación jurídica que recae sobre el fondo de una cuestión planteada que fuera el objeto del procedimiento.

b) Este acto es imputable a una Administración Pública dotada de los poderes de imperatividad y de autotutela que son propios de tal figura subjetiva, la cual encaja, se integra, en la estructura del poder público administrativo.

Visto en la forma que antecede, el Contencioso de Anulación constituye el medio de control de la Administración Pública entendida ésta como el instrumento de un poder público constituido. Ahora bien, la autarquía que la ley otorga a ciertas figuras subjetivas que se ubican en la Administración Descentralizada va a equiparar a dichas figuras con las administraciones públicas tradicionales esto es, las que operan como órgano del Estado.

A los fines de la mejor comprensión de la cuestión planteada es necesario exponer la noción de autarquía.

La doctrina que ha estudiado esta figura organizativa en sus orígenes, considera que, en su concepción original, se la identificó con autosuficiencia, con plenitud absoluta de la vida colectiva social y, en consecuencia, con la total ausencia de los vínculos jurídicos entre el ente dotado de la misma y el Estado. Este poder se consideraba como propio de los entes públicos territoriales, los cuales, eran considerados como autárquicos por antonomasia. La misma doctrina nos señala que la posición antes expuesta, nació de un error de naturaleza etimológico, por cuanto el

término proviene del griego, lengua en la cual figura la palabra autarquía que indica "autogobierno", "autocomando", y la palabra "autarcia", cuya traducción es "autosuficiencia", esto, es bastarse a sí mismo. El equívoco provino, en consecuencia, de atribuirle a la autarquía el sentido que tenía autarcia. A pesar de que, posteriormente, los estudiosos de la naturaleza se dieron cuenta de la confusión en la cual se había incurrido, muchos continuaron manteniéndola.

Se anota, igualmente, que otro motivo de duda surgió al traducirse el término inglés "self government" por la palabra autarquía, con lo cual llegó a considerarse que esta última era la facultad concedida a algunos grupos sociales de administrarse por medio de sus propios integrantes, centrándose así el elemento esencial del concepto en el carácter personal o subjetivo de la noción.

A nuestro entender, la autarquía emerge con toda claridad y con sus lineamientos más nítidos a través de la distinción que nos ofrece Santi Romano, recogida más recientemente por Cassese, entre autonomía, autotutela y autarquía, porque a través de la misma, al delimitarse claramente los tres campos de acción de las figuras enunciadas, se presenta con toda claridad la extensión de la noción que nos ocupa. En efecto, en todo ordenamiento jurídico general pueden distinguirse claramente las tres potestades clásicas o fundamentales del Poder Público: la legislación, la ejecución, la jurisdicción, esto es, la potestad de normación; la actuación de la norma para satisfacer las necesidades concretas del *substratum material* que conforma dicho ordenamiento y, la declaración de la ley con fuerza de cosa juzgada para dilucidar los conflictos. Con todas las variantes y modificaciones que puedan aportarse a los conceptos antes mencionados, ellos constituyen en línea general, la posición preponderante. Ahora bien, cuando tales potestades son atribuidas por un ordenamiento general a sujetos no soberanos, esas mismas figuras asumen la forma de la autonomía, de la autarquía y de la autotutela. Así, la autonomía equivale a la legislación; la autotutela, como fuerza de actuación coactiva para el restablecimiento del orden jurídico afectado y para el cumplimiento de los actos que inciden sobre la esfera jurídica de los administrados, se equipara a la jurisdicción y, finalmente, la autarquía se parangona a la ejecución. De allí que esta última figura es para un ente público diferente del Estado, lo que la Administración en sentido sustancial o material es para éste. La autarquía es, en consecuencia, el conjunto de las potestades administrativas que se atribuyen a los entes públicos. Zanobini, la define como "la capacidad propia de los entes públicos de administrar sus intereses desarrollando... una actividad que tiene las mismas características y la misma eficacia jurídica de la actividad administrativa del Estado". De allí que existe una equiparación entre los actos emanados del Estado y los actos emanados de los entes públicos en lo que toca a la naturaleza de sus efectos, por lo cual, tal como ha sido observado, existirá autarquía cuando el ordenamiento atribuya a la actividad de una persona jurídica análogo carácter al que tiene la Administración Pública, para que ella pueda actuar en la atención de sus intereses, con idéntica eficacia y con los resultados que son propios del Estado-persona. Los actos de los entes autárquicos adquieren así, mediante la anterior equiparación, la misma fuerza y eficacia frente a los ciudadanos y las mismas garantías frente a la autoridad judicial, que tienen los actos administrativos del Estado.

Dos elementos se perfilan como característicos de la noción de autarquía: 1) La existencia de figuras subjetivas con personalidad jurídica dirigidas a la atención de los intereses propios de una parte de la población. 2) El reconocimiento de que estas figuras subjetivas dictan actos que se equiparan a los actos administrativos del Estado. De allí que los proveimientos dictados por los entes autárquicos sean eficaces no sólo en el interior de la institución misma, sino también en la esfera del ordenamiento general.

Delimitada la fuerza de la autarquía, hay que descartar que ella implique independencia del ente de la figura del Estado, posición esta que surge de la concepción liberal de principios de siglo, ya que el ordenamiento del ente autárquico está vinculado al ordenamiento estatal, tal como lo asomaba Santi Romano "por su fundamento, por los límites dentro de los cuales debe mantenerse, por los controles a los cuales está sometido, por la protección y la tutela que sobre los mismos se ejerce, porque uno y otro son, en cierto sentido, complementarios recíprocamente y todo ello no excluye, sino que implica su irreducible distinción que no puede olvidarse y menos aun negarse, sin que se interpreten erróneamente las características esenciales". En consecuencia no todos los entes del Estado gozan de autarquía, sino sólo aquellos que poseen las características expuestas de las cuales carecen la gran mayoría de los de naturaleza económica.

Es así como el Contencioso de Anulación, se va a extender a los actos de los entes autárquicos capaces de dictar decisiones válidas en el ámbito de la administración general del Estado; dotados de los mismos poderes de imperatividad y autotutela que poseen los proveimientos administrativos de las administraciones tradicionales, ampliándose en tal forma su esfera de actuación.

Ahora bien, el desarrollo del Estado moderno y la aparición del pluralismo jurídico, plantea la presencia de entes de naturaleza mixta (público-privados), que dictan actos de autoridad, esto es, susceptibles de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos particulares, afectándola en forma decisiva. Estos actos operan para negar, sancionar, prohibir, restringir, etc., facultades precedentemente existentes, en virtud de una posición de supremacía que los autores de tales actos poseen sobre los destinatarios de los mismos. Lo determinante es que se trata de organizaciones regidas por el derecho privado pero dotadas de un poder de imperatividad (posibilidad de degradación de los derechos subjetivos a simple interés o posibilidad de modificación del contenido de los mismos), que se ejerce en forma unilateral y que no tiene efectivo control por parte de los órganos jurisdiccionales tradicionales. Su contenido está en las relaciones de poder que ciertos grupos ejercen sobre los sujetos que están unidos a ellos por un vínculo específico: son los sindicatos sobre sus asociados; son los colegios o institutos docentes (colegios, universidades, escuelas), sobre los miembros de la comunidad educativa; son las sociedades autorales, esto es, las que tutelan el derecho de autor, de los creadores y compositores cuyas obras representan; son las asociaciones deportivas sobre sus asociados; son los partidos políticos sobre sus afiliados; son los clubs sociales sobre sus consocios. Hay que anotar que el vínculo especial de sujeción tiene un variado contenido, pudiendo ser disciplinario, económico, sancionatorio, organizativo, deontológico. Lo importante

es la existencia de la relación de supremacía de carácter unilateral con que van a ejecutarse las decisiones.

¿Pueden aplicarse las reglas del Contencioso de Anulación a tales actos? ¿En qué difieren tales actos de los proveimientos de los entes autárquicos?

Para dar respuesta a las dos interrogantes, es necesario tener presente la esencia y objeto del Contencioso de Anulación: El Contencioso de Anulación es el medio de control jurisdiccional de los actos de administración que son dictados en violación de una norma expresa, en virtud de un poder de supremacía del órgano que lo dicta sobre la comunidad o los sujetos que del mismo dependen y que lesionan una esfera de interés. Desglosando la anterior definición, de la misma emergen los siguientes elementos:

1. El Objeto es un acto de administración. ¿Qué debe entenderse por tal? Administración es el cuidado de los intereses ajenos, esto es, el establecimiento de los medios para obtener la satisfacción de una necesidad real e inmediata de un interés que nos ha sido confiado. Si el sujeto actuante lo hace en beneficio de sí mismo, para ser correctos en el uso de los términos, habría que calificar su actuación como auto-administración. El acto de administración es el medio a través del cual se alcanza la satisfacción de un interés, para cuya obtención han sido otorgados específicos poderes. De allí que el administrador de un patrimonio es aquel que dispone lo necesario para su conservación e incremento; el administrador público es aquel que satisface las necesidades que le han sido confiadas. Administrar es, en consecuencia establecer los mecanismos para la obtención de los fines que han sido encomendados por un mandato (normativo o voluntario) al sujeto que administra. La administración se realiza mediante operaciones materiales y mediante actos formales. El acto formal es la manifestación de voluntad que se exterioriza mediante una declaración imputable en forma indudable y clara al órgano que la produce y que versa sobre el objeto de la función administradora. Acto de Administración es en un colegio profesional la calificación previa y la admisión de un nuevo aspirante, así como lo es su exclusión por vía de sanción disciplinaria a los fines de mantener los principios deontológicos del gremio. Acto de administración es la designación de los representantes de un sindicato ante una comisión tripartita, por cuanto a través del mismo, la organización podrá afianzar su presencia ante una pluralidad de sectores en el mismo operantes. Acto de administración es la fijación de una cuota a los asociados, por cuanto de ella va a depender la solvencia del club que la fija.

Los anteriores ejemplos son reveladores de las múltiples modalidades que puede asumir el primer elemento de la definición que es la noción del acto.

2. Violación de una norma expresa. El Contencioso de Anulación, perteneciendo como pertenece al Contencioso Administrativo, no es sino un medio de control de la legalidad de los actos. Lo anterior quiere significar que el Contencioso Administrativo es la vía a través de la cual se garantiza la sujeción al principio de legalidad, esto es, a la norma tanto externa como interna que regula la conducta de un órgano. El Estado de Derecho no es otra cosa que el sometimiento de los órganos dotados de autoridad a una serie de normas que han sido concebidas para garantizar la limitación de cada uno de ellos a una particular y específica esfera de potestades (competencia). Esta situación implica que cada organismo que opera den-

tro del Estado está sometido a un ámbito normativo que expresamente señala su estructura, su funcionamiento, sus facultades. Es este el segundo elemento determinante de la noción que se expusiera.

3. El tercer elemento de la definición es el poder de supremacía que tiene el órgano administrador sobre un grupo u organización, poder éste, que implica la sujeción del grupo a las disposiciones que el mismo les dicta: su deber de acatarlas y el riesgo de ser sancionados en caso contrario, lo cual significa la coercibilidad de tales actos: El administrador, es así, un órgano que ostenta las características de un jerarca, por cuanto posee poderes de administración, esto es, no sólo de disponer mediante actos y operaciones materiales de los fines y de los recursos de la organización, sino también de reprimir las infracciones de los integrantes del grupo (Potestad Disciplinaria) y de establecer sus orientaciones generales (Poder de Dirección). La relación de supremacía implica, como contrapartida, la relación de sujeción o sometimiento; esto es, el deber de acatar tanto los lineamientos generales como los actos particulares que sean dictados por el jerarca; pero justamente es aquí donde el principio precedentemente expuesto opera como garantía, por cuanto el acto sólo es acatable si es válido, y sólo es válido si es legítimo.

4. El último punto de la definición es la lesión por parte del acto de administración de una esfera jurídica específica. Nótese bien, que no se ha aludido a la lesión de un derecho subjetivo, ya que, lesionado puede ser un simple interés, y será justamente tal situación la que se plantee con mayor frecuencia.

Analizado en la forma que antecede el Recurso de Anulación, las respuestas a los dos interrogantes que nos formuláramos aparecen claras, ya que, cualquier acto que llene las características que quedaron analizadas constituye un acto de autoridad, "un acto autoritario", sea cual fuere la naturaleza u origen del órgano que lo dicta siempre que el mismo tenga las características que se enunciaron y como tal debe quedar sometido al Contencioso de Anulación, por cuanto ésta es la vía que le garantiza en forma efectiva el mantenimiento del poder autoritario dentro de los límites restringidos para los cuales fue prevista su existencia.

Ya, los organismos jurisdiccionales Contencioso Administrativos se percataron de tal realidad y fue así como en sentencia de fecha 15 de marzo de 1984 relativa a un recurso de nulidad contra un acto administrativo de la Asociación de Autores y Compositores de Venezuela, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se pronunció sobre su competencia para conocer del recurso, señalando al efecto:

"Esta Corte observa que el enunciado de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en la norma atributiva de la competencia que se analiza, emplea un término que tiene un significado más amplio y expreso que el de la simple calificación de ente público. En efecto, la Ley ha mencionado a los "actos administrativos" emanados de "autoridades" sin calificar a tales "autoridades" como públicas. Esto quiere significar que el Legislador concibió una ampliación del Contencioso-Administrativo tradicional, en el sentido de que tal sistema se refiere no simplemente al control de los actos administrativos de la Administración del Estado, y de los Entes territoriales menores, sino que se extiende a los actos emanados de las organizaciones dotadas de autonomía y de autarquía, es decir del poder de emanar actos válidos para el ordenamiento jurídico del Estado (Autonomía) y del poder de dictar individuales

constitutivos de situaciones jurídicas subjetivas (Autarquía). De allí que el control jurisdiccional que ejercen los Tribunales Contencioso Administrativos no es sólo sobre las mencionadas administraciones tradicionales sino que se extiende a todos los organismos que han sido dotados por la Ley del Poder de dictar normas jurídicas y actos (Proveimientos dotados de ejecutoriedad y de imperatividad). En el presente caso, esta Corte, sin pronunciarse sobre la naturaleza jurídica y competencia de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela; estima, sin embargo, que por cuanto el acto que se impugna de dicho organismo es un acto "de autoridad" por cuanto tiene las características que precedentemente se señalaron, está sometido a su competencia de anulación prevista en el ordinal 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y así lo declara".

Como se aprecia la Corte se fundamentó en el carácter residual del ordinal 3º del artículo 185 de la LOCSJ que alude a los actos de "otras autoridades", entendiendo *lato sensu* por "autoridades" no sólo a las administraciones públicas tradicionales, sino a cualquier ente, que, por detentar el antes señalado poder de supremacía, al violar la norma de competencia expresa que los rige, esto es, el ámbito de facultades que su estatuto creador le ha establecido (estatuto creador contenido en una Ley, en un contrato, o en cualquier acto organizativo que prevea y regule su existencia) lesione la esfera jurídica de los sujetos que le están sometidos, en base al vínculo de sujeción. La violación de la legitimidad deriva no sólo de no hacer algo que le esté prohibido sino también, de omitir aquello para lo cual se está obligado, o de no realizar lo previsto en la forma y con la *finalidad* para lo cual la facultad fuera acordada.

Recientemente el mismo organismo jurisdiccional se ha pronunciado sobre la admisión de otros recursos contra decisiones de asociaciones privadas dotadas de potestades autoritarias. Al efecto, en fecha 14 de mayo de 1984, si bien el Juzgado de Sustanciación de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo negó la admisión del recurso interpuesto contra la Asamblea Plenaria del Comité Olímpico Venezolano, fundó su negativa en la situación específica que estaba planteada, reconociendo, sin embargo, su poder de control sobre los actos de autoridad, señalando al efecto:

"1º) Esta Corte ha interpretado la competencia que le atribuye el ordinal 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con un criterio residual y genérico, en el sentido que comprende el conocimiento de las acciones de nulidad de todos los actos dotados de imperio y de ejecutoriedad que emanen de cualesquiera autoridad, distintas de las señaladas en los ordinales 9º, 10º y 12º del artículo 42 *eiusdem*, sean antes de naturaleza pública o privada, siempre y cuando actúen como verdaderas autoridades, es decir, en ejercicio de potestades públicas, atribuidas por la Ley y definidas por ésta, y no de simples derechos subjetivos, cuyo origen son relaciones jurídicas concretas, y que sólo se refieren a sujetos y objetos específicos, y no genéricamente abstractos.

2) Las potestades públicas tienen su fuente directamente en la Ley, y no genera pactos, negocios o hechos particulares que recaen sobre sujetos y ob-

jetos determinados, sino que potencialmente puede producir efectos jurídicos de manera genérica y abstracta.

3º) Además, las potestades públicas no tienen un correlativo o correspondiente deber, sino el deber general de sometimiento de sujetos indeterminados a sus efectos, cuando tales potestades eventualmente se actualicen a través de actos obligatorios y compulsivos, generales o individuales. Por el contrario, los derechos subjetivos como meras facultades que son, consentidas por las partes mediante un negocio jurídico voluntario, se corresponden con un deber específico de un sujeto también específico e individualmente obligado.

4º) Algunas veces las potestades públicas no son gestionadas totalmente por la Administración Pública, titular originaria y primogenia de las mismas, sino que la ley las delega en otras Administraciones Públicas y hasta en los particulares, quienes por ello actúan como agentes concesionarios o delegatarios de aquella, y en su lugar. En estos casos, los actos que dicten éstos son actos administrativos en la medida en que actúen como Administración Pública delegada, y por ello están dotados de la misma virtualidad ejecutiva inmediata.

5º) En los casos de tales agentes, concesionarios o delegatarios, los actos que dicten en ejercicio de sus delegaciones provienen indirectamente de la Administración Pública delegatoria, y por ello, además de su fuerza ejecutiva, sustancialmente no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que requieren una norma jurídica expresa que los autorice y los regle, y formalmente están nominalmente tipificados en la misma norma.

6º) Por lo demás, aunque sustancial, formal y orgánicamente, de manera indirecta, son actos administrativos las decisiones que produzcan los entes privados dotados de potestades públicas delegadas, sin embargo, su régimen no deja de ser privado, tanto en sus relaciones contractuales y extracontractuales, como en su régimen interno, organizativo, de administración y laboral.

Las anteriores consideraciones lleva a concluir que la sola naturaleza privada de un ente, no es suficiente para excluir de la competencia genérica de esta Corte, prevista en el ordinal 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las acciones de nulidad de los actos que produzca, cuando éstos en verdad, sean dictados en ejercicio de potestades públicas que le han sido delegadas, y constituyan por tanto, actos administrativos sustancial y formalmente dotados de autoridad, es decir, de ejecutividad y ejecutoriedad".

En fecha 7 de agosto de 1984 el mismo Juzgado de Sustanciación admitió el recurso interpuesto por un miembro del personal docente contra el acto emanado del Consejo Universitario de la Universidad Católica "Andrés Bello", señalando al efecto: "...este Juzgado de Sustanciación conforme a lo dispuesto por los artículos 84, 123 y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia habida cuenta que las Universidades conforme a lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil, son personas morales de carácter público; que tanto las Universidades Nacionales Experimentales o no, como las privadas desarrollan una verdadera actividad de servicio público e interés general; que las universidades privadas acorde con lo dispuesto por los artículos 8, 174 y siguientes de la Ley de Universidades vigente son estableci-

mientos públicos creados por el legislador, dotados de patrimonio propio, con las atribuciones y competencias determinadas en dicha Ley; que las Universidades privadas son establecimientos públicos, de carácter científico y cultural dotados de prerrogativas de poder público, entre ellos, las de emanar actos administrativos; que siendo caracteres específicos de los establecimientos públicos: el *impérium* (ejercicio de potestades públicas), la ejecutoriedad de sus actos, la realización de un fin de interés público o general y el sometimiento a un régimen de derecho público, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de las actuaciones de las mismas cuando en ellas está envuelto el *iure imperii*; que en tal virtud, conforme a lo previsto por el artículo 185, numeral 3º) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Corte Primera se declara competente para conocer de la mencionada demanda de nulidad, y ordena su admisión”.

Admitir la ampliación del Contencioso de Anulación a todos los actos de autoridad significa un paso mucho más importante y trascendental que lo que significó el llamado “Contencioso Ampliado” que nuestra Ley Orgánica estableció al someter las acciones contra los institutos autónomos y las empresas del Estado a la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto esta jurisdicción ampliada es en el fondo una manera artificiosa de acordar un fuero privilegiado a los intereses económicos del Estado; en cuanto que, el Contencioso de los actos de autoridad obedece a la esencia misma de la función que corresponde a la disciplina que nos ocupa. A nuestro ver, es preferible renunciar al régimen de la simple atribución de competencia contenido en la ampliación de la misma a los entes económicos, en beneficio de un recurso de anulación que proteja al administrado contra la fuerza de los actos administrativos viciados.

No puede dejar de anotarse que en la legislación moderna del contencioso administrativo los actos de autoridad están expresamente mencionados como objeto del recurso contencioso de anulación. El nuevo Código Contencioso Administrativo de Colombia, por ejemplo, que fuera dictado por Decreto N° 1 del 2 de enero de 1984, al señalar su campo de aplicación, después que enuncia a las administraciones públicas tradicionales, menciona “a las entidades privadas” señalando “cuando unos y otros cumplan funciones administrativas”, e indica: “Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de «autoridades»”. En el título destinado al control jurisdiccional de la autoridad administrativa, el artículo 82 señala: “Objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y, de las privadas cuando cumplan funciones públicas”.

A continuación pasamos a analizar otra modalidad del contencioso administrativo a la cual aludíamos precedentemente, constituida por el contencioso de los servicios públicos. Es indudable que el primer señalamiento que pudiera hacerse a la inclusión de esta figura en el contencioso administrativo es la relativa a la naturaleza heterogénea de los sujetos que en definitiva van a quedar sometidos al régimen; pero una vez precisada como lo fuera, la noción de los actos de autoridad, resulta evidente que el contencioso administrativo dejó de referirse exclusivamente a las administraciones tradicionales.

III. AMPLIACION DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AL CONTROL SOBRE LA EFICIENCIA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS (CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS)

Noción general de la materia objeto de nuestra exposición

El usuario de los servicios públicos se encuentra desasistido frente a los prestatarios, bien sean éstos atendidos en forma directa por el Estado, otorgados mediante concesiones o bien por empresas públicas o de economía mixta, ya que el prestatario en su posición de otorgante de la prestación ostenta innegablemente un poder de supremacía frente al que la recibe. La última situación señalada no tiene nada de anormal, si se estima que quien presta el servicio debe tener poderes para mantener el orden (poder disciplinario) en el mismo; para regular las modalidades de su suministro (poder reglamentario) y, para establecer todo lo concerniente a la organización de sus estructuras (poder organizativo). Los poderes señalados, sin llegar a constituir "poderes autárquicos", por cuanto no se equiparan en un todo a la administración tradicional; sin embargo, son necesarios para que el organismo pueda eficientemente satisfacer a los usuarios. El problema estriba en que todo poder incontrolado es abusivo por una parte; pero no sólo eso, sino que la exigencia del usuario frente a quien presta el servicio es la de recibirlo en las condiciones en que el mismo ha sido regulado y previsto, es decir, con la continuidad, eficiencia y costo que han quedado preestablecidos entre las partes. La situación inversa es la de que la falta de cumplimiento del usuario de sus obligaciones frente al prestatario es sancionada por éste directamente con la simple suspensión del servicio. Tiene así el prestatario un poder de *ejecutoriedad* que le permite actuar por sí mismo las sanciones que imponga. ¿Cuál es el medio que tiene el usuario para reclamar del prestatario el cumplimiento de sus obligaciones? ¿Qué hacer ante el servicio ineficiente o tardío, ante el cobro excesivo, ante la sanción injusta? Se podría responder a tal interrogante enumerando todos los medios que el derecho ofrece para hacer valer una pretensión frente a un deudor que se niega a satisfacerla; pero todos ellos son propios de los grandes intereses que juegan en nuestra vida, de los que tienen por objeto fuertes vinculaciones tanto económicas como materiales capaces de resistir el peso de los largos procedimientos judiciales. Se podría decir igualmente que algunos organismos administrativos dan una protección al consumidor contra los abusos en los precios y en los servicios que éste adquiere; pero tales organismos no tienen la fuerza jurisdiccional que permita la ejecución definitiva de sus actos y, por otra parte la defensa que otorgan no está dirigida hacia el usuario como sujeto individualizado de la colectividad, sino a ésta en general.

La verdadera protección no puede ser indirecta, esto es, la que se obtiene a través de los organismos o asociaciones políticas, sino que ha de ser una garantía individualizada, esto es, dirigida a la persona del usuario; que éste pueda hacer valer frente al prestatario por sí mismo. Por otra parte, el único sistema de efectiva tutela del usuario ha de ser el que le garantice un procedimiento poco oneroso y sumario, esto es, breve.

Vistas las anteriores características de la protección del usuario y de su situación en general, podemos resumirlas en las siguientes notas:

1. El usuario está colocado en una situación de subordinación, de inferioridad, frente al prestatario del servicio, en los casos en que tales servicios sean de los llamados servicios "garantizados por el Estado", cualquiera que sea la naturaleza de éste y ello obedece necesariamente a la esencia de las cosas.

2. Las lesiones que el servicio produce en el usuario por su mal funcionamiento o su onerosidad no son por lo general graves ni cuantitativamente importantes, por lo cual no caben contra las mismas los medios que el derecho establece, ya que éstos son todos lentos y costosos.

De todo lo anterior emerge que la situación del usuario ante la deficiencia del servicio es de una doble naturaleza:

Por una parte la irritación que produce la lesión de sus derechos y que actúa como una reacción en cadena de su conducta frente a la sociedad.

En segundo lugar la impotencia de encontrar un remedio inmediato, por lo cual permanece pasivo ante el daño que recibe.

Todo lo anterior crea para el servicio la situación de ventaja que la impunidad de su ineficacia le otorga. Un servicio no sancionado por su deficiencia continuará actuando en la misma forma. Por otra parte el ciudadano corriente, el administrado, está permanentemente atormentado por los pequeños sinsabores de la vida cotidiana (*el agua que ha sido cortada* o que sale del chorro *teñida de negro*; *el apagón que lo deja encerrado en un ascensor* por unas cuantas horas; *el teléfono suspendido por presunta falta de pago de un recibo de hace dos años*; *la alcantarilla robada impunemente en cuyo hueco vacío se quedó definitivamente el caucho trasero de su carro*; *el autobús manejado a toda velocidad por un paranoico del volante que no se detiene en la parada, pero que pisa violentamente todos los pozos de agua acumulada, manchando los trajes de los frustrados pasajeros, etc., etc.*). Todos estos sinsabores crean una mentalidad en la población, que analizada psicológicamente se revela en irritación contagiosa, frustración, impotencia, deseo de revancha. Lo anterior colectivizado hace su entrada en el campo de la sociología para revelarnos a una población amargada, pesimista, incrédula, deseosa de destruir los poderes que la circundan, insatisfecha del régimen que la rige y de la sociedad en la cual vive.

El contencioso de los servicios públicos intenta ofrecerle al usuario un medio rápido, poco oneroso y efectivo para lograr que los prestatarios de los mismos lo compensen por sus deficiencias.

Definición de servicio público

La noción de servicio público está entendida en su sentido más amplio, que es a la vez el más específico, esto es, en el de la actividad destinada a dar satisfacción a las necesidades de la colectividad. La anterior definición presenta los siguientes elementos:

1. El Servicio Público es en sentido sustantivo una *actividad* y en sentido orgánico el conjunto de órganos, la estructura material destinada a realizar dicha actividad.

2. La actividad que el servicio implica constituye una prestación, esto es, el compromiso de dar o de hacer una determinada cosa. Esto último puede comportar la entrega de un bien. Véase que lo fundamental es la realización de una determinada actividad, que muchas veces consiste en el suministro de un bien; pero lo que tiene relevancia, lo que constituye el núcleo de la noción es la actividad como tal.

3. La necesidad a la cual se destina la prestación es de naturaleza colectiva, lo cual alude al hecho de que no corresponde a un grupo limitado de la población sino a toda la población. La naturaleza general de la necesidad es un criterio variable en el tiempo y como tal relativo. Mientras más civilizado es un grupo humano, posee mayores necesidades colectivas. El Estado, a medida que evoluciona, se hace cada vez más sofisticado en las necesidades que satisfacc. Por otra parte, las colectividades se muestran cada vez más exigentes en sus necesidades. Por ejemplo, las palabras recreación y cultura populares atienden a la idea actual de necesidades públicas, que hace algunos años estaban lejos de tener tal carácter.

4. La necesidad tiene un carácter imprescindible en forma tal que su satisfacción resulta esencial para el mantenimiento del orden social: la interrupción de la misma o su deficiencia o irregularidad afectan ese orden social. El transporte colectivo es un servicio que si llega a paralizarse detendrá con ello todo el desarrollo de la vida cotidiana; los obreros no llegarán a sus trabajos; los profesores faltarán a sus cátedras; los empleados de Bancos no asistirán a tiempo a sus tareas.

5. Al mismo tiempo y aún siendo colectiva e imprescindible, sin embargo, puede ser cuantificada en relación con cada uno de los sujetos de la colectividad y en esa misma forma puede ser cuantificada su satisfacción y es en base a ello que tal satisfacción puede ser medida. En efecto, la necesidad cuya satisfacción configura un servicio público no es el deseo genérico de tener una defensa contra el enemigo externo o la limpieza de la atmósfera para respirar mejor, sino es la concreta y precisa necesidad de abrir el grifo del agua y recibir la porción que necesitamos para lavarnos las manos; es el envío de una carta dirigida a un sujeto específico; es la reparación de un instrumento técnico que requerimos para nuestro trabajo. De allí que la necesidad aun cuando sea de todos es específicamente de cada uno y por ello la prestación es individualizada y concreta.

Con las notas anteriores queda delimitada la noción de servicio público, porque éste no será otra cosa que la actividad que satisfaga esas necesidades colectivas, generales, imprescindibles y al mismo tiempo, perfectamente cuantificables en cada sujeto. Ahora bien, hemos dicho que tal noción puede estar referida a su sentido material, esto es, al contenido, o bien a un sentido orgánico, esto es, puede aludir a la forma o aparato utilizado para su realización. La noción expuesta y analizada precedentemente obedece al primer criterio. Veamos el alcance del segundo.

Cuando aludimos a *Servicio Público* como entidad que realiza la actividad de satisfacción de la necesidad nos estamos refiriendo a cualquier prestatario del servicio, bien sea una persona física, una persona jurídica, una sociedad de hecho, un ente público territorial, un órgano de ese ente público; un ente público institucional, una empresa del Estado o una empresa mixta. Estamos aludiendo igualmente a cualquier forma o modalidad que se haya asumido para la prestación: bien sea la directa prestación por parte de un ente público al cual el Derecho le asigna como cargo o

tarea le prestación del servicio, o bien la delegación que éste haga de dicha carga en un tercero mediante un acto de concesión administrativa.

Este último señalamiento nos coloca ante la necesidad de precisar un criterio y es el de si los servicios públicos son actividades necesariamente asignadas al Estado y a los entes públicos para su prestación o si pueden entenderse como tales las que ostenten las notas o características que precedentemente señaláramos. Al efecto debe recordarse que tradicionalmente la noción de servicio público ha sido reservada para las actividades de prestación de servicios que la ley asigna al Estado para su prestación directa o para su prestación por un tercero bajo su control. Por el contrario, consideramos que una vez precisada la noción sustantiva de servicio público ya no cabe hacer otras disquisiciones, no importa si la necesidad corresponde al Estado como carga y tarea esencial; no interesa si ésta ha de ejercerla en régimen de monopolio o en régimen de libre concurrencia, si tradicionalmente la han desempeñado los particulares. Lo importante es que obedezca a la definición sustantiva y a las notas que le asignáramos para que sea un servicio público. De allí que la actividad de las panaderías en una comunidad para la cual el pan es un alimento no sustituible, esto es imprescindible y de uso generalizado es necesariamente un servicio público. De allí, efectuada la delimitación anterior el servicio público se presenta como una actividad que puede perfectamente corresponder a un particular cualquiera que sea la naturaleza del mismo, porque lo que califica y define el concepto es el elemento sustantivo y las notas precedentes expuestas.

Ahora bien, no cabe duda de que hay una tendencia a ampliar la noción de servicio público identificándola con la noción de *servicio al público* respecto a la cual toda actividad mediante la cual se ofrezcan prestaciones al público en general mediante un pago, constituye un servicio público.

Todas las prestaciones realizadas por los particulares, sin calificación alguna sobre la naturaleza de las necesidades que satisfacen estarían englobadas en la figura genérica de servicio público. Algunas actividades de la vida corriente que son útiles pero no imprescindibles pasarían a formar parte de la categoría señalada, e incluso ingresarían en dicho ámbito algunas que han sido tradicionalmente consideradas como prestaciones suntuarias y dejadas por ello a la libertad de contratación más absoluta. Como ejemplos de las actividades inicialmente señaladas pueden citarse los servicios de tintorería; de encuadernación; de mecanografía; las confecciones artesanales de trajes (sastres y modistas). En el segundo grupo se ubicarían los talleres de joyería; las peluquerías, salones de belleza, los estudios fotográficos.

De acogerse esta última tesis de servicio público como "servicio al público" el campo del contencioso administrativo que proponemos quedaría enormemente abultado, es cierto, pero también lo es que se extendería el de las garantías que el Estado otorga al ciudadano.

De lo anterior se evidencia que la noción expuesta de servicio público, se aparta de la concepción que podríamos denominar tradicional que lo define como la prestación asignada al Estado para su ejercicio o bajo su control. Igualmente se aleja de la noción más moderna que si bien no le da importancia al prestatario para calificar a una actividad como tal, sin embargo le exige que ostente la nota fundamental que la tesis anterior le asignaba, a saber, que esté regido por el Derecho Público

y, en consecuencia que se le apliquen todos los efectos que de ello derivan (relación de empleo público de los dependientes; falta de finalidad lucrativa de la empresa prestataria; regularidad de la prestación).

La tesis que se expusiera resulta obviamente mucho más amplia porque basta para que una prestación sea calificada como servicio público con que sea un servicio que se presta al público.

Objetivo del control

El fin perseguido por el sistema es la protección de los usuarios de los servicios públicos frente a los prestadores de los mismos por la ineficacia en la prestación individual de tales servicios, por lo cual la misma se extiende a los siguientes supuestos:

- a) Falta de prestación.
- b) Deficiente prestación, lo cual puede implicar:
Prestación tardía.
Prestación parcial.
Mala calidad de la prestación.
- c) Cobro indebido que puede obedecer a:
Cobro por servicio no prestado.
Cobro exorbitante.
Cobro tardío.
- d) Interrupción del servicio:
Interrupción definitiva del servicio.
Suspensión inmotivada del servicio.
- e) Daños emergentes derivados de la falta o deficiente prestación del servicio (Se excluye el lucro cesante y el daño moral; pero una sentencia favorable del Contencioso de los Servicios Públicos constituiría un válido elemento para fundamentar la reclamación por ante los tribunales competentes tradicionalmente para conocer de este tipo de demandas).

Naturaleza del sistema

1. Es un sistema contencioso administrativo, que se ventila ante un juez contencioso administrativo por cuanto cualquiera que sea el prestador del servicio se le considera como una administración controlada por tal vía.

2. Va dirigido a la protección del usuario individualmente considerado, esto es, a su persona física, no como miembro de la colectividad. Lo anterior no impide que las acciones puedan ser ejercidas conjuntamente por varios usuarios cuando se trate de igual motivo de reclamo referente al mismo servicio ocasionado en el mismo período de tiempo.

3. El procedimiento ha de ser breve, al estilo del amparo contencioso administrativo, sumario y sin incidencias.

4. El juez podrá imponer las medidas correspondientes, ordenar las reparaciones y establecer las sanciones.

5. El juez tendrá verdadero poder inquisitivo que le permitirá averiguar por sí mismo ciertos hechos denunciados. Deberá admitirse la más amplia libertad de pruebas y asimismo la libertad de su apreciación por parte del juez.

6. La ejecución de la sentencia es el punto fundamental del sistema ya que para lograrla el juez podrá "sustituirse" en el prestatario del servicio con las modalidades que más adelante se señalan.

Determinación del sujeto pasivo

Una de las bases del régimen es la perfecta determinación del sujeto contra quien puede ser ejercido el recurso, por cuanto tal sistema no puede permitirse el lujo de los conflictos de competencia, de las delimitaciones de competencia y todas las cuestiones relativas a la determinación de si el tribunal contencioso administrativo puede o no conocer de la reclamación. De allí que la ley que establezca el sistema tiene que enumerar los organismos que quedan sometidos a las reclamaciones. Ante todo deben hacerse las siguientes advertencias:

- a) El prestatario del servicio puede ser una persona jurídica o un órgano carente como tal de personalidad jurídica. Aún en el segundo caso el prestatario tendrá legitimidad pasiva.
- b) El prestatario del servicio puede ser tanto un ente público como una persona de derecho privado.

Si es un ente público puede ser tanto de naturaleza territorial (estados, municipios) como un ente institucional (instituto autónomo, universidad).

Si es un ente público territorial y el servicio lo presta un órgano que forma parte de su estructura, el recurso o reclamo puede ser presentado contra el mismo directamente y llamado a actuar por él será el titular del cargo que implique la máxima jerarquía o un funcionario expresamente designado para contestar dichas reclamaciones o actuar por el organismo. Los prestatarios del servicio en tales condiciones deberán consignar por ante el tribunal contencioso administrativo correspondiente el nombre e identificación de las personas que podrán actuar en el sistema.

Si se trata de un particular el mismo puede ser tanto una persona física como una empresa legalmente constituida y asimismo una sociedad de facto.

Ambito de actuación de los prestatarios de los servicios

Quedarán sometidos al régimen los siguientes sectores de la actividad social:

Salud (Clínicas y Hospitales, Consultorios Médicos y Deontológicos).

Transporte (Metro, trenes, autobuses, carritos por puesto, taxis, microbuses, naves y aeronaves). Se advierte que el campo del transporte implica tanto lo relativo a transporte de personas como de los servicios de transporte de cosas y valores.

Comunicaciones (correo, teléfonos, telégrafos, telex, servicio de mensajeros).

Suministros (agua, luz eléctrica, gas, abastos, mercados, supermercados, restaurantes, farmacias).

Educación (colegios, jardines de infancia, liceos, universidades e institutos de educación superior, academias comerciales).

Recolección de Basuras y Desperdicios.

Reparaciones (de electrodomésticos, de automóviles, de máquinas de oficina).

Información (periódicos, radio periódicos).

Recreación (parques públicos, cines, espectáculos públicos).

Contenido de la sentencia

La sentencia puede:

- a) Rechazar la reclamación e imponer el pago de las cosas al reclamante temerario.
- b) Acoger la reclamación ordenando:
 1. El restablecimiento del servicio.
 2. La devolución del sobrepago que se demostrara pagado sin causa por el usuario. En tal caso podrá consignar al reclamante victorioso un título valor con el cual el mismo podrá amortizar futuras facturas.
 3. Condenar al pago de una indemnización (pudiendo utilizar el mismo sistema previsto en el punto anterior).
 4. Imponer multas progresivas a la empresa prestataria hasta que dé cumplimiento a una obligación impuesta.

Tribunales competentes

El juez competente debería estar muy cerca de los usuarios para poder atender a sus requerimientos; sin embargo, por el hecho de tratarse de un contencioso-administrativo por cuanto la mayoría de los prestatarios son entes públicos podría asignarse en un principio su competencia a los Juzgados Superiores con competencia en lo Civil que funcionan como tribunales contencioso administrativos generales y que están regionalizados en ocho regiones de lo contencioso administrativo. Las apelaciones, que como se indicó quedarían reservadas a supuestos muy concretos y excepcionales serían del conocimiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contra cuyas decisiones no se oiría recurso alguno.

Procedimiento

El procedimiento se iniciaría con un reclamo o querrela que interpone el afectado o demandante contra el prestador del servicio y que puede ser tanto oral como escrito. En el primer caso se recoge en un acta.

El juez procede de inmediato a verificar si el prestatario contra quien se plantea el reclamo está o no sujeto a su jurisdicción, y en caso negativo mediante auto motivado niega la admisión sin que exista apelación contra la negativa. Si el juez la considera admisible así lo declara ordenando la comparecencia del organismo que-

rellado, fijándole una oportunidad a su representante para que comparezca a alegar sus defensas. No se admiten excepciones de forma ni de admisibilidad, sólo las de fondo que se sustanciarán y decidirán en un lapso de tres audiencias, salvo que a solicitud de cualquiera de las partes se prorrogue o se acuerde el término de la distancia para la evacuación de alguna prueba. El lapso probatorio será de cinco audiencias en total, salvo que se plantee la situación anterior y a su cierre las partes presentarán al juez respectivamente un proyecto de sentencia, acogiendo éste el que juzgue conforme a derecho. Dictada la sentencia se ejecutoriará en esa misma oportunidad y se procederá a su ejecución. Sólo se admitirá apelación cuando la misma se fundamente en violación total del procedimiento; fraude en el reclamante; ausencia de pruebas.

A continuación se ofrece una síntesis del procedimiento, en sus etapas fundamentales:

1. Reclamo o demanda (puede ser escrita u oral, mediante levantamiento de acta).
2. Examen de los requisitos de admisibilidad que lo declarará admisible o no admisible. Contra la inadmisión se oirá apelación.
3. Citación personal mediante boleta y de no darse por citado el prestatario, se procede al levantamiento de un acta con dos testigos y fijación de carteles en el local.
4. Contestación del reclamo, acto en el cual sólo se admiten defensas de fondo. No hay incidencias.
5. Lapso probatorio común para promover y evacuar.
6. Sentencia.
7. Apelación. En un solo efecto y por causas taxativamente previstas.