

# COMENTARIOS SOBRE LA APLICABILIDAD DEL INSTITUTO DE LA TRANSACCION A LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Gabriel Ruan Santos  
*Profesor de Derecho Administrativo  
en la Universidad Central de Venezuela*

## SUMARIO

- I. TRANSACCION Y PODER DE DISPOSICION
- II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
- III. EXAMEN DE LA DOCTRINA
- IV. FIJACION DE POSTULADOS
- V. BREVE COMENTARIO SOBRE LA TRANSACCION EN MATERIA FISCAL
- VI. LA TRANSACCION Y EL DESISTIMIENTO EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

## I. TRANSACCION Y PODER DE DISPOSICION

Según la definición contenida en el Artículo 1.713 del Código Civil, la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Se trata pues, de un contrato bilateral o sinalagmático cuyos elementos esenciales, además de aquellos que son comunes a cualquier contrato, son las recíprocas o mutuas concesiones que se hacen las partes (causa específica) y el efecto de terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual (objeto específico).

El Artículo 1.714 del mismo Código prescribe que para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción. Esto quiere decir, en términos muy genéricos, que las cosas o derechos objeto de la transacción deben tener la cualidad de disponibles o ser susceptibles del libre empleo o atribución; y, en términos más restringidos, que puedan ser objeto de enajenación o gravamen<sup>1</sup>.

La capacidad para disponer como afirma con exactitud el autor A. M. Ruano, es una relación con el derecho, que supone aptitud de éste para ser dispuesto y una legitimación del sujeto para ello; el poder de disponer no es una emanación de la capacidad jurídica ni de la capacidad de obrar del sujeto, entendidas éstas en su acepción técnica, sino de la naturaleza del derecho o de la cosa a ser dispuestos y de la aptitud específica del sujeto para hacerlo<sup>2</sup>.

Se desprende de lo anterior, en líneas muy generales, que pueden ser objeto de transacción aquellos derechos o pretensiones que pueden ser calificados como disponibles, renunciables, alienables, o sujetos a la libre voluntad de su titular. En cambio,

1. Ver *Diccionario de Derecho Usual*, Guillermo Cabanellas. Buenos Aires, 1976, Tomo I, página 726.
2. Citado en el trabajo titulado "Las Transacciones Fiscales y la Indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributarias", por A. R. Brewer-Carías, publicado en la obra del mismo autor, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*. Caracas, 1975. Tomo I, pág. 45.

no pueden ser objeto de transacción aquellos derechos o pretensiones que pueden ser calificados como indisponibles, irrenunciables, inalienables o sujetos a normas imperativas, obligatorias o de orden público.

A mi juicio, este concepto del poder de disposición pertenece a la teoría general del derecho y en ausencia de normas especiales de carácter público, es aplicable no sólo al campo del derecho privado sino también al campo del derecho público. Por esta razón, los alcances de la aplicabilidad del instituto de la transacción a la actividad de la Administración Pública deben ser determinados a la luz de ese concepto de poder de disposición, que es una condición previa de la facultad de transigir en cualquier conflicto, sea judicial o extrajudicial, actual o potencial.

Una vez fijados los conceptos básicos de transacción y de capacidad o poder de disposición, paso a examinar los alcances mencionados.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La generalidad de los autores coincide en afirmar que el ámbito de aplicación de la transacción a la actividad pública es limitado, sin que falten algunos que excluyan absoluta y categóricamente su aplicación en el campo del derecho público, ya sea administrativo o fiscal. No obstante, es necesario admitir que el ordenamiento jurídico venezolano prevé la posibilidad de que la solución de ciertos conflictos surgidos entre el Estado y los ciudadanos o particulares puedan ser materia de contratos de transacción debidamente celebrados por las partes. Cabe hacer mención aquí, a título de ejemplo, de los artículos 7 y 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del Artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Artículo 44 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

El planteamiento anterior conduce a analizar las distintas esferas y situaciones en las cuales sería admisible o no para un ente administrativo la celebración de un contrato de transacción, a fin de precaver o resolver un litigio determinado; todo ello, según el alcance del poder de disposición que tenga el sujeto en cada situación sobre las materias a transigir.

## III. EXAMEN DE LA DOCTRINA

Es un hecho suficientemente conocido que la actividad de la Administración Pública es regida en parte por normas de derecho público, en especial de derecho administrativo y, en parte, por normas de derecho privado.

Por derecho público entiendo el conjunto normativo aplicable al ejercicio del Poder Público, considerado este último como situación jurídica exclusiva del Estado que le permite la obtención de sus fines constitucionales y legales. Es el derecho aplicable al ejercicio de la autoridad, es decir, al de aquellas facultades destinadas a imponerse unilateralmente al ciudadano o particular, en atención a un fin público y aún contra su voluntad. Este ejercicio de la autoridad por parte de la Administración Pública se concreta normalmente en actos administrativos.

Por derecho privado entiendo el conjunto normativo aplicable a la actividad de cualquier sujeto en la prosecución de sus propios intereses y que normalmente rige el ejercicio de la autonomía de la voluntad individual o particular. En muchos aspectos de su actividad la Administración Pública somete su actuación a los mecanismos del derecho privado, en forma semejante a cualquier sujeto, ya sea con respecto a situaciones en las cuales su actuación está encaminada a objetivos de interés público (general) como sería el caso de un contrato administrativo, o simplemente a satisfacer intereses propios y ajenos a su esfera exclusivamente patrimonial o de gestión pri-

vada. En casi todos estos casos, la actuación de derecho privado se encuentra condicionada por la aplicación incidental o parcial de normas de derecho público, tales como procedimientos autorizatorios, aprobatorios, concesorios o de control. Esta parte de la actuación de la Administración regida por el derecho privado se concreta en la celebración y ejecución de contratos de diversa naturaleza, tales como compra-ventas, préstamos de dinero, arrendamientos, contratos de trabajo, así como también en otros actos privados de carácter unilateral, tales como notificaciones, aceptaciones, asentimientos, recuperaciones de bienes, etc., actuaciones éstas que requieren o implican el concurso voluntario de los sujetos del ordenamiento jurídico con los cuales se entre en relación o el sometimiento de todos a reglas de derecho común.

Esta clasificación de las esferas de actividad de la Administración Pública se refleja en los Capítulos I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en los cuales se enumeran las materias que corresponden a las funciones de ese organismo. Así, en los ordinales 1 y 3 del Artículo 1º, en los Artículos 2º y 3º y en el Artículo 4º de esa Ley se hace referencia a la actividad regida por el derecho público, y en el ordinal 2 del Artículo 1º y en el Artículo 3º de esa misma Ley se hace mención de actividades regidas predominantemente por el derecho privado.

Pues bien, se puede afirmar que el poder de disposición de los órganos de la Administración Pública sobre las materias regidas por el derecho público es sumamente restringido, porque el ejercicio del Poder Público se encuentra encauzado rigurosamente por el principio de la legalidad y condicionado por el interés público, que constituye la finalidad primordial del ejercicio de ese Poder en sus diversas manifestaciones. Por esta razón, sólo podrían admitirse escasas excepciones a este principio de indisponibilidad del ejercicio del Poder Público, en algunas actuaciones particulares comprendidas dentro de las materias de derecho público. Esto conduce lógicamente a sostener que el instituto de la transacción, así como todos aquellos que presuponen la existencia del poder de disposición en la materia, es por principio inaplicable en ese campo de la actividad pública.

Mientras que, en sentido contrario, puede afirmarse que las actividades de la Administración Pública regidas principalmente por el derecho privado ofrecen un mayor campo al poder de disposición de los órganos administrativos y, por ende, dan lugar a una mayor e importante aplicación del contrato de transacción. Por excepción, dentro de esta zona de actividad pública existen actuaciones condicionadas por normas de derecho público o matizadas por un evidente interés público que hacen excluir la aplicación del contrato de transacción por lo que a ellas respecta. Esto equivale a lo que la doctrina del derecho privado ha conceptualizado como la prohibición o limitación impuesta por el orden público.

Sin tener la pretensión de agotar las referencias doctrinarias, es conveniente hacer mención en este escrito de las opiniones de reputados autores que han estudiado el ejercicio de la facultad de transigir por parte de los entes administrativos, con particular señalamiento de los diversos aspectos que presenta dicho tema.

Sostiene Clavero Arévalo que "el principio del derecho privado relativo a la capacidad de transigir de las personas colectivas no tiene exacta correspondencia en el derecho administrativo". Opina este autor que "la transacción puede implicar un atentado a la legalidad". En particular, al hacer referencia a las "concesiones recíprocas" que contiene toda transacción, dice que "esta característica contraría la esencia de la actividad reglada de la Administración, cuando el ejercicio de sus derechos le venga impuesto preceptivamente por el ordenamiento positivo".

Al comentar normas contentivas de procedimientos que deben cumplir los entes administrativos para poder celebrar válidamente una transacción, aclara que "lo único que hacen es permitir que se puedan transigir los derechos que por su naturaleza sean transigibles de los que forman el patrimonio jurídico de la Administración". Seguidamente advierte que "el ámbito de las posibilidades de transacción es más reducido

para la Administración que para los particulares. Los derechos subjetivos vienen otorgados muchas veces a la Administración en vista de la consecución de un interés público y, por tanto, no puede transigir sobre ellos”.

Sin embargo, reconoce que hay materias que admiten la transacción. Así, dice que “hay ocasiones en las que el ejercicio de un derecho de la Administración no le viene impuesto indeclinablemente, sino que queda abandonado a su potestad discrecional. Es en estos casos donde la transacción podría darse siempre que, en el ejercicio de la potestad discrecional, la Administración estimara más conveniente no ejercer su derecho, o ejercitarlo sólo en parte para resolver una cuestión litigiosa, que verse comprometida en un asunto judicial”.

En cuanto a la actividad de derecho privado de la Administración, afirma que “las posibilidades de transacción podrían verse más ampliadas”. A lo que agrega, “puede considerarse inversa la proporción de derechos susceptibles de transacción en derecho administrativo y en derecho privado”<sup>3</sup>.

M. S. Giannini expresa que “si la Administración actúa como sujeto de derecho privado, no hay normas que la priven de la legitimación para transigir (se refiere al derecho positivo italiano). El negocio transaccional, en tal circunstancia, no presenta nada que lo distinga del negocio que se efectuaría entre particulares”. No obstante, este autor deja a salvo lo relativo a la aplicación de procedimientos administrativos a la formación del contrato. Por el contrario, afirma Giannini que “si la Administración actúa como autoridad, la transacción no es posible: no porque haya potestad irrenunciable o norma inderogable, sino porque la Administración-autoridad actúa mediante proveimientos administrativos (actos administrativos en sentido estricto) y no mediante negocios”. Sin embargo, acepta este autor que “cuando entre la Administración-autoridad y los particulares surjan controversias que atengan a efectos de los proveimientos con un contenido patrimonial, es posible que entre las partes se llegue a contratos de objeto público que tengan contenido transaccional”, a lo cual agrega que se trataría más bien de “contratos auxiliares del proveimiento” o “transacciones atípicas”<sup>4</sup>.

Con similar orientación, Sandulli admite la transacción para los entes administrativos en el área de la actividad administrativa de derecho privado, a la cual denomina como “transacción de objeto privado”, pero por principio rechaza la posibilidad de transigir en el campo de las relaciones de derecho público, debido a que no tiene la autoridad la libre disponibilidad sobre dichas relaciones. Sin embargo, señala que “no puede excluirse la posibilidad que la Administración transija en litigios derivados de situaciones de derecho público para cuyo surgimiento haya sido necesario el consentimiento de sujetos extraños a ella (situaciones creadas por un contrato, por un proveimiento de concesión, de admisión, etc)”<sup>5</sup>.

El jurista italiano Arnaldo De Valles, en unos comentarios que son citados por la mayoría de los autores que han escrito sobre el asunto, propuso un enfoque bastante original sobre el mismo. Afirmó, entre otras cosas, que “no dudaba de que los entes públicos pudieran prevenir litigios o ponerle fin”. Pero, no obstante ello, aclaraba que “debiendo la acción de los entes públicos ser conforme a derecho, una transacción podría tener lugar sólo sobre cuestiones de oportunidad y de apreciación, pero nunca sobre cuestiones de legitimidad pura”. Más adelante hacía la reflexión siguiente: “En el derecho público la mayor parte de los efectos son producidos por actos unilaterales de la Administración Pública; algunos pocos por contratos de dere-

3. Ver “Consideraciones Generales sobre la Vía Gubernativa”, por Manuel Francisco Clavero Arévalo, publicado en *Estudios Dedicados al Profesor García Oviedo*. Vol. I, Sevilla 1954, páginas 224 a 228.

4. Ver *Diritto Amministrativo*, por Massimo Severo Giannini. Milano, 1970, Vol. I, páginas 783 y 784.

5. Ver *Manuale di Diritto Amministrativo*, por Aldo Sandulli. Napoli, 1970, 1970, págs. 348 y 440.

cho privado; muchos, según una teoría a la cual adhiero, por contratos de derecho público, pero que la tesis prevalente considera derivados también de actos unilaterales. Ahora, ¿si la Ley hace derivar un efecto de un acto unilateral, es posible transformar la fuente en un contrato, si interviene una transacción? ¿si un acto es unilateral, o es un contrato de derecho público pueden las partes con ocasión de cualquier pequeño litigio transformarlo en contrato de naturaleza privada?"<sup>6</sup>.

Auby y Drago, exponentes de la doctrina francesa, han sostenido que en las transacciones que celebre un ente público no pueden renunciarse ni relajarse las normas de orden público; en particular, han señalado que la transacción en materia de derecho público no puede versar sobre el ejercicio de una competencia obligatoria de la Administración<sup>7</sup>.

En opinión relativa a la posibilidad de que la Administración Pública pueda celebrar convenios de arbitraje con los particulares, la Procuraduría General de la República afirmó lo siguiente:

"En la Doctrina Jurídico-Administrativa se ha discutido si es posible resolver por vía de arbitraje de derecho los conflictos surgidos entre la Administración Pública y los particulares, en relación con los contratos administrativos. Se han formulado objeciones al respecto, pero todas ellas se refieren solamente a la exclusión de determinadas materias que son precisamente aquellas de las cuales habla el Artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, o sea, las relativas al estado y capacidad de las personas y todas las otras sobre las cuales no cabe transacción, categoría ésta en la que quedan incluidas, entre otras, las *especies (supuestos) administrativas concernientes al ejercicio de poderes, dominio público y régimen impositivo en algunos de sus aspectos fundamentales...*"<sup>8</sup>.

Tomo de la opinión anteriormente reproducida únicamente lo que se refiere a las materias que no podrían ser objeto de transacción en vista de la indisponibilidad de las normas o facultades en ellas comprendidas.

#### IV. FIJACION DE POSTULADOS

Con base en los razonamientos expuestos y con el auxilio de los criterios doctrinarios altamente calificados que han sido citados, se puede intentar la fijación de algunos postulados generales destinados a orientar al intérprete de la Ley acerca de las materias que podrían ser o no objeto de transacción en la actividad administrativa. Veamos:

a) Es absolutamente inadmisibles la posibilidad de transacción por lo que respecta a la validez o invalidez de un acto administrativo, porque sólo corresponde a los órganos competentes del Poder Público la revisión de la legalidad de los actos emanados de la autoridad; ya sea por parte de la misma Administración o por el órgano jurisdiccional, los cuales no podrían hacer concesiones al respecto por no ser disponible ni negociable la recta aplicación de la legalidad administrativa. En lo concerniente a este punto existe consenso en la doctrina.

b) No pueden ser objeto del contrato de transacción el ejercicio de potestades administrativas o el contenido preceptivo y ordenatorio de los actos administrativos. Esto, en virtud de que las potestades administrativas vienen otorgadas por la Ley en vista de la consecución de un interés público, atinente a la colectividad y no a los

6. Ver "Le transazioni degli enti pubblici", por Arnaldo De Valles, en *II Foro Italiano*, 1934, Vol. I, págs. 47 y 48.

7. Citados por A. R. Brewer-Carías, en el trabajo titulado "Las Transacciones Fiscales y la Indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributarias".

8. Ver *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Año 1965, pág. 25. (Subrayado mío).

fines exclusivos del aparato u organización administrativa. Considero, además, que esta indisponibilidad de las facultades y actos comprendidos en el ejercicio de las potestades administrativas se extiende, en principio, no sólo a las llamadas facultades regladas, vinculadas o de obligatorio ejercicio, sino también a las llamadas facultades discrecionales, porque en ambas categorías se trata del ejercicio de poderes conferidos para el logro de una finalidad general, que se superpone al limitado interés del órgano que los ejerce.

La discrecionalidad tiene en común con la libre disponibilidad de un asunto o materia, el margen de apreciación concedido a quien ejerce el derecho o poder y la posibilidad de escoger la más conveniente u oportuna entre varias alternativas de acción. Pero difieren ambos conceptos en el carácter de los fines a perseguir en el ejercicio del derecho o poder, ya que, en la actividad discrecional los fines vienen impuestos por la norma jurídica, mientras que en la libre disponibilidad los fines de la actividad pueden ser seleccionados o dispuestos por el titular de la situación jurídica subjetiva o particular, dentro de un ámbito de acción concedido por el ordenamiento jurídico.

A mi juicio, es en este sentido que debe ser interpretada la afirmación del jurista Giannini de que el negocio transaccional sólo es posible con respecto a aquellos actos de la Administración que tengan carácter negocial y no sobre los actos de la Administración-autoridad<sup>9</sup>. Esta referencia amerita un breve comentario.

En efecto, la transacción es evidentemente un negocio jurídico. Se entiende por negocio jurídico, según la acertada definición propuesta por el autor Cariota Ferrara, "la manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico". En relación con este concepto agrega dicho autor que el negocio "...es medio de actuación del dominio de la voluntad en la esfera jurídica propia del sujeto, es el instrumento más calificado de la autonomía privada". De acuerdo con esto, cualquier sujeto cuando celebra un negocio *dirige* su voluntad hacia un resultado por el mismo querido (subrayado mío)<sup>10</sup>.

La Administración-autoridad, cuando ejerce una potestad administrativa, no ejerce la autonomía privada ni da lugar a la aparición de negocios jurídicos. En especial, la autoridad debe perseguir el fin o resultado de interés general que le impone la Ley perseguir u obtener en cada supuesto, ya se trate del ejercicio de una facultad reglada o de una facultad discrecional. Por esta razón, la transacción no podría válidamente estar referida al ejercicio de una potestad administrativa (entendida ésta como conjunto de facultades, deberes y atribuciones), sino a los actos negociales producidos por la Administración, porque con respecto a estos últimos es que tiene el poder de disposición requerido.

No obstante lo anterior, es prudente conceder un margen a la posible existencia de ciertas situaciones, deberes o derechos relacionados o inherentes al ejercicio de poderes discrecionales que pueden ser objeto de transacción, según la mayor o menor incidencia del interés público en la escogencia de alternativas. Así interpreto la idea de Clavero Arévalo, según la cual "hay ocasiones en las que el ejercicio de un derecho de la Administración no le viene impuesto indeclinablemente, sino que queda abandonado a su potestad discrecional"<sup>11</sup>.

c) En general, puede admitirse la transigibilidad en aquellas materias regidas por el derecho privado, siempre y cuando no se oponga a ello la existencia de una norma de derecho público, la presencia de un interés público determinante o la limitación del orden público. Así, por ejemplo, la mayoría de las situaciones subjetivas surgidas de contratos privados de la Administración, tales como el arrendamiento o

9. Citado anteriormente.

10. Ver *El Negocio Jurídico*, por L. Cariota Ferrara. Nápoles. Traducción de Editorial Aguilar, Madrid, 1956, páginas 43, 49 y 50.

11. Citado anteriormente.

la compra-venta de bienes muebles o inmuebles, podrían ser objeto de transacción, con excepción de aquellos aspectos inherentes a procedimientos de control, como la intervención de la Contraloría General de la República o de las Cámaras del Congreso; las normas de competencia; y cualquier aspecto que vulnere la valla del orden público, a que se refiere el Artículo 6º del Código Civil.

Sin embargo, en materia de contratos administrativos, los aspectos no disponibles o intransigibles aumentan, en vista de la presencia determinante del interés público que deriva de la prestación del servicio público a que está referido el contrato. Así también existen ciertas facultades "exorbitantes" de la Administración frente al contratista que no podrían ser objeto de transacción por cuanto constituyen verdaderos poderes administrativos que se superponen a los derechos y obligaciones estrictamente contractuales.

d) Como un área intermedia entre las que han sido señaladas, se encuentra la referente a los convenios accesorios o formas convencionales previstos en algunos procedimientos administrativos. Estos vendrían a ser aspectos de la actividad y la transacción. Así, por ejemplo, los convenios que se celebran entre Administración concedente y concesionario de una obra o servicio públicos, para regular ciertos derechos y obligaciones de naturaleza económica y patrimonial, en modo accesorio con respecto a la facultad concesoria.

e) En fin, es menester reconocer la transigibilidad de ciertas materias, incluso de derecho público, por expresa autorización de la Ley. Serían supuestos excepcionales de interpretación restrictiva. De esto se tratará en el Capítulo V de este escrito.

f) En cuanto a las normas que señalan los procedimientos a través de los cuales puede la Administración o sus personeros celebrar transacciones con los ciudadanos, tales como las disposiciones citadas de las Leyes Orgánicas de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, he de convenir en principio con la opinión de que se trata de normas de carácter adjetivo o procedimental y no sustantivo, que no califican las materias que pueden llegar a ser objeto de transacción, lo cual es misión de las normas que rigen cada materia.

Sin embargo considero conveniente hacer algunos comentarios sobre los Artículos 7 y 49 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional y sobre la transacción en materia tributaria.

## V. BREVE COMENTARIO SOBRE LA TRANSACCION EN MATERIA FISCAL

Considero que en materia fiscal es también aplicable el conjunto de postulados que ha sido enunciado en el punto anterior, con las excepciones a que se hará mención.

Por las mismas razones expuestas en este escrito no sería transigible, ni siquiera parcialmente, el ejercicio de la llamada potestad tributaria, es decir, el poder de imposición del Estado, mediante el cual puede crear la obligación de pagar impuestos o contribuciones y los procedimientos de liquidación y recaudación de los mismos. Esta indisponibilidad deriva directamente de la circunstancia de que la potestad de imponer tributos es una manifestación de la soberanía del Estado y uno de los medios principales del Poder Público.

En lo que respecta a la llamada competencia tributaria, integrada principalmente por las funciones administrativas de liquidación y recaudación de los tributos, se deben distinguir varios aspectos, a saber:

Creo, en primer lugar, que no podría ser objeto de transacción lo concerniente a la validez o invalidez de un acto administrativo de liquidación impositiva, porque no es disponible la recta aplicación del principio de legalidad; aunque esto no exclu-

ye, como se ha dicho, la potestad unilateral del Estado de revisar la legalidad de sus actos.

Opino, en segundo lugar, que no es disponible en principio el cobro de los créditos fiscales surgidos a favor del Estado por virtud de la realización del supuesto de hecho de una norma tributaria, porque la Administración tiene antes que todo el deber de exigir el pago de dichos créditos y no sólo la facultad de hacerlo.

Sin embargo, es necesario reconocer que los Artículos 7 y 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional prevén una importante excepción al principio de indisponibilidad de la competencia tributaria, en lo que respecta al deber de exigir el pago de impuestos causados.

Expresan dichas disposiciones lo siguiente:

*“Artículo 7º:* En ninguna causa fiscal se podrá convenir en la demanda, celebrar transacciones, ni desistir de la acción ni de ningún recurso, sin autorización previa del Ejecutivo Nacional dada por escrito y con intervención del Procurador de la Nación.

En los asuntos que dependan de la Contraloría de la Nación, la autorización a que se refiere este artículo será impartida previo informe del Contralor de la Nación”.

*“Artículo 49:* Pueden sacarse a remate público o contratarse con particulares, a juicio del Ejecutivo Nacional, las deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores. En estos casos el rematador o cesionario gozará, para el cobro, de los mismos privilegios que la Ley acuerda al Fisco Nacional, al cual quedará subrogado.

Respecto a dichas deudas, podrá también el Ejecutivo Nacional celebrar arreglos o transacciones con los deudores, así como conceder remisión, rebaja o bonificación de las mismas o de sus intereses, o plazos para su pago, cuando a su juicio fueren conducentes tales concesiones.

No podrán llevarse a efecto cesiones, remisiones, rebajas o transacciones de cualquier género en lo concerniente a este artículo sino cuando después de consultados el Contralor de la Nación y el Procurador de la Nación, estos funcionarios hayan informado por escrito, indicando la circunstancia de lo que se pretende”.

Me inclino a pensar que la interpretación concordada de esas disposiciones legales permite sostener que las deudas impositivas atrasadas y que figuren como saldos de años anteriores podrían ser objeto de transacción o de arreglo entre la Administración y los contribuyentes. En este supuesto, dichas disposiciones legales tienen no sólo un carácter adjetivo sino esencialmente sustantivo y así lo han confirmado la interpretación y aplicación de ellas desde hace bastante tiempo.

En relación con esta excepción de carácter legal, parecen haber predominado en el legislador el sentido práctico de un recaudador eficiente y consideraciones de índole equitativa con respecto a la situación concreta de algunos contribuyentes, más que el eminente interés público inherente al proceso de recaudación de impuestos y al deber de todo ciudadano de contribuir a los gastos públicos.

La Procuraduría General de la República ha admitido esta interpretación de las citadas normas hacendarias pero ha enfatizado el carácter excepcional del supuesto normativo y ha exigido el rigor restrictivo con respecto a esa interpretación. Así, en opinión citada por Brewer-Carías, ha afirmado que “si se advierte en el origen, finalidades y evolución de la citada disposición, es forzoso concluir que las facultades contenidas en ella no pueden erigirse en ningún caso en modos regulares de extinción de las obligaciones fiscales, pues que ellas sólo propenden al sancionamiento, administrativamente, de la contabilidad fiscal para despejarla de “deudas muertas” o cuando



más a una equitativa y ponderada adecuación del rigor propio de la Ley tributaria a las circunstancias especiales y personales de sus destinatarios, derivadas de su estado económico y, particularmente, de su insolvencia <sup>12</sup>.

## VI. LA TRANSACCION Y EL DESISTIMIENTO EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Antes de concluir estos comentarios referentes a la aplicabilidad de la transacción a la actividad de la Administración Pública, es importante distinguir entre el contrato de transacción y el desistimiento.

La transacción es un contrato que requiere el consentimiento convergente de dos o más partes contrapuestas para poner fin a un litigio o precaver uno eventual, mediante la concesión recíproca que se hacen las partes en lo que respecta a sus pretensiones originales. Mientras que el desistimiento es un acto unilateral del recurrente o demandante, en vía administrativa o judicial, mediante el cual renuncia a su pretensión o al procedimiento iniciado con independencia formal de las concesiones que puedan hacer otros sujetos, bien sea la Administración cuyo acto ha sido recurrido por ilegalidad o el demandado en un juicio ante los tribunales.

Sin embargo, existen hipótesis en las cuales se busca el resultado efectivo de una transacción mediante desistimientos coincidentes o que implican mutuas concesiones. Estos desistimientos pueden estar enmarcados en un contrato de transacción, caso en el cual debería hablarse propiamente de un negocio transaccional, o no estar comprendidos en una transacción sino estar encaminados a lograr prácticamente el efecto de una transacción. En este segundo caso, no existe compromiso alguno entre quienes desisten, sino únicamente el propósito de terminar uno o varios litigios.

Un enfoque práctico como el mencionado es el que propone el jurista italiano Guicciardi, quien es seguido en esa posición por el tratadista español J. González Pérez.

Guicciardi comparte el principio consistente en que la validez o invalidez de un acto administrativo no puede ser objeto de transacción formal. A pesar de esto, ante el caso de que la Administración juzgue conveniente que un administrado desista de un recurso interpuesto contra un acto administrativo determinado, porque tiene interés en la preservación de sus efectos, puede plantearle esta solución o componenda sin compromiso formal: El recurrente desiste de su impugnación, por un lado, y la Administración, por otro lado, le compensa de la lesión patrimonial ocasionada mediante el reconocimiento o atribución al impugnante de cualesquiera otros derechos con respecto a los cuales sea incierta o inexistente su titularidad <sup>13</sup>.

Frente a este enfoque, ya anteriormente Arnaldo De Valles había manifestado que ésta es "una transacción desde el punto de vista social, pero no desde el punto de vista jurídico" <sup>14</sup>. Esto quiere decir que no basta el propósito de terminar un litigio o evitar uno en ciernes para que pueda decirse que hay una transacción; es menester que se llegue a un compromiso contractual, cuya causa específica esté representada por las recíprocas concesiones que se hagan las partes, para que pueda hablarse de una genuina transacción y no del simple "animus transigendi".

A mi juicio, este enfoque presenta los inconvenientes siguientes:

12. Ver *Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso*. Año 1957, pág. 154. Se recomienda la lectura del trabajo de A. R. Brewer-Carías sobre la transacción en materia fiscal, varias veces citado en este escrito.
13. Ver *La Giustizia Amministrativa*, por E. Guicciardi. Padova, 1943, págs. 229 y 230. *Derecho Procesal Administrativo*, por J. González Pérez. Madrid, 1957, Tomo II, págs. 706 a 709.
14. Ver Trabajo citado de este autor. publicación mencionada, pág. 48.

a) No da lugar a compromiso de las partes a ejecutar la concesión o sacrificio que les corresponde, porque no habría transacción sino actuaciones unilaterales cuyas causas no estarían representadas por actuaciones de la contraparte.

b) Si bien es cierto que el ciudadano recurrente podría tener la disponibilidad del recurso intentado, sin que para desistir deba invocar causa jurídica alguna, no así la Administración con respecto a la compensación ofrecida, la cual debería estar provista de una causa expresa ajustada a la Ley.

c) En algunos casos, el ciudadano recurrente no tendría poder de disposición sobre el recurso o apelación intentados. Así, según el Artículo 87 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el tribunal competente podría rechazar el desistimiento planteado cuando el acto recurrido haya violado normas de orden público. Esta disposición legal se encuentra en perfecta armonía con los principios expuestos y señala el deber del juez de examinar el contenido del desistimiento y la gravedad de la infracción legal denunciada en el recurso.