



Noticias



Santiago, 26 de junio de 2014

Mercados regulados, control de la Administración y descentralización.

Entrevista al catedrático español de derecho administrativo, Dr. Luciano Parejo Alfonso.

“Es la transformación del Estado social prestacional en un Estado garante de la prestación, es decir, no lo presta directamente pero garantiza que ésta se produzca a precios accesibles o razonables por medio del mecanismo del mercado”.

En días pasados, el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, Doctor Luciano Parejo Alfonso, participó en una tertulia con el Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos (CECAUM) de la Universidad Mayor y el Diario Constitucional. El Dr. Parejo es Licenciado en Derecho por la Universidad de la Laguna y Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Ha desarrollado diversos proyectos de investigación con financiamiento español e internacional, es autor de numerosas publicaciones científicas y libros especializados, y ha recibido varios reconocimientos por su actividad. En dicho contexto y a fin de indagar acerca de ciertas problemáticas actuales en el ámbito del derecho administrativo, el Director del CECAUM, Mg. Esteban Szmulewicz Ramírez, el Investigador de la misma unidad, profesor Felipe Meléndez Ávila, y el Editor de DiarioConstitucional.cl, Sr. Manuel José Navarrete, sostuvieron una grata y amena conversación con el catedrático, cuyo resumen es el siguiente.

1. Para comenzar la entrevista, se aborda con el Dr. Parejo el concepto de la “huida del Derecho Administrativo”, mediante el cual la Administración pública externaliza algunos servicios o la satisfacción de ciertas necesidades públicas a través de entidades privadas o público-privadas, que en alguna medida podrían permitir la gestión de ciertos asuntos con mayor prontitud, pero que por otro lado pueden significar un problema para el derecho administrativo, desde el punto de vista de cómo insertar estas entidades dentro de la estructura de la organización administrativa y también desde el punto de vista del control.

En realidad la huida del derecho administrativo, que más bien, es una huída del derecho sin más, lo que plantea no es tanto la cuestión de si la Administración externaliza o interpone en sus prestaciones entidades jurídico-privadas, puesto que ello es un fenómeno antiguo, conocido por el derecho administrativo y que no implica huida del derecho administrativo. En este caso, el concesionario sigue estando sujeto al derecho público y sus actuaciones quedan bajo el control del juez contencioso administrativo. Por ejemplo, si se pretende realizar una actividad que no implica

ejercicio de imperium, entonces la aplicación del derecho público en todos los aspectos puede introducir factores perturbadores para la gestión y, entonces se constituye una sociedad anónima. Pero si la sociedad anónima es de capital íntegramente público, en realidad lo que hay es una falsa privatización, que se llama privatización formal. Ello porque la organización sigue vinculada a la organización matriz y, por lo tanto, el fenómeno no escapa propiamente al derecho administrativo.

En cambio, el fenómeno de la huída del derecho administrativo se da cuando en verdaderas actividades administrativas la Administración pretende, bajo el ropaje de una forma jurídico-privada, desarrollar actividades que están reguladas por el derecho administrativo, pero en virtud del mecanismo de la forma jurídico-privada decir que quedan sujetas al derecho privado. Esto plantea un problema constitucional de gran porte, en el sentido de si un sujeto, que es la Administración, que está ex constitutione sujeto al derecho administrativo, puede, virtud de la potestad de organización, crear una "hijuela" que, sin embargo, tenga una capacidad distinta del padre. Aquello es imposible, dado que si el padre no tenía esa virtualidad, cómo podría el hijo tenerla. Ahí es donde está la huída al derecho privado. Por esto es que en el derecho español hay ciertas prohibiciones. Por ejemplo, en los organigramas de las organizaciones, aquellas actividades que suponen el ejercicio del imperio o potestades exorbitantes del derecho privado no pueden ser ejercitadas por cualquier personal, sino solamente por funcionarios, deben ser realizadas bajo derecho público, y bajo una serie de cautelas. Pero efectivamente, durante mucho tiempo en España ese fenómeno fue bastante grave, muy denunciado por la doctrina y creo que se ha ido corrigiendo. Esa corrección tal vez no se haya debido tanto a una virtud sanadora, propia del ordenamiento español, cuanto que, estando integrados en la Unión Europea, el derecho europeo tiene una perspectiva que no es la clásica del derecho administrativo continental europeo que es: un sujeto, un derecho; o sea, el estatuto del sujeto. Al contrario, adopta una perspectiva funcional: según la tarea que se desempeña se aplica un derecho determinado. Así por ejemplo, si se trata del Ministerio de Hacienda y realiza una actividad de índole económica, entonces se le aplica el estatuto de esa actividad, sin importar quien la realice.

2. En ese mismo sentido, aunque estemos conscientes de que no es el mismo problema, en Chile se ha observado en los últimos 30 años una proliferación de instituciones reguladoras, fiscalizadoras y/o sancionadoras en ámbitos donde hay precisamente una actividad económica importante en los denominados "mercados regulados", de sectores tales como el eléctrico, bancario, y de seguros, entre otros. Al respecto, un problema que se ha presentado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, se relaciona con las garantías frente a la potestad administrativa sancionadora por parte de estos entes. ¿Cómo se resuelve en el Derecho español este problema en relación al respeto de lo que sería el equivalente de las garantías del debido proceso en sede jurisdiccional?

Este es un fenómeno derivado de la liberalización, y lo que viene a demostrar es algo sabido desde siempre, esto es, que mercado y Estado son un binomio inseparable. No puede existir un mercado sin un Estado que garantice el pluralismo de los agentes. Si se prescinde de la libre competencia, se podrían generar los oligopolios o monopolios. Entonces, debe haber alguien que lo controle, sobre todo en el curso de la liberalización, que en Europa ha sido bastante importante a partir de los años 90', en los mismos sectores que usted ha señalado y que han sido liberalizados por considerar que el mercado es mejor instrumento para la prestación de los correspondientes bienes y servicios que la clásica prestación pública directa. Es la transformación del Estado social prestacional en un Estado garante de la prestación, es decir, no lo presta directamente pero garantiza que ésta se produzca a precios accesibles o razonables por medio del mecanismo del mercado. Lo que ocurre entonces es que el mercado no funciona por sí mismo y, además se debe generar estos sectores del mercado, puesto que existen barreras de acceso que deben ser corregidas. Luego, estos sectores así

concebidos, en que la liberalización es un proceso, confluyen en la necesidad de un poder público que conduzca a un mercado efectivo. La clave está en lo que usted ha dicho: sectores regulados. Ello significa que están “administrativizados”. No lo están en el sentido clásico, pero ello no conduce a que el Estado tenga menor poder. Se podría observar incluso un aumento del poder público.

Ahora bien, no necesariamente se trata de algo novedoso, porque esos órganos que han sido llamados “administraciones independientes”, “autoridades independientes”, “organismos reguladores”, presentan problemas constitucionales diversos porque, en definitiva, el sector que se liberaliza y organiza de esta manera supone un agujero negro dentro del espacio público general, una excepción, en la construcción normal del espacio público, que es la Administración que ejerce poderes tales como la potestad sancionadora y que se legitima democráticamente de manera indirecta.

Por otro lado, la potestad de supervisión implica una relación especial entre organismo regulador y operador en el mercado, que comporta para estos últimos ciertos deberes de información al organismo regulador a fin de que éste tenga conocimiento del comportamiento en dicho sector y así poder adoptar medidas. Por ejemplo, se limita la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas en relación a esta potestad de supervisión e inspección.

En cuanto a la potestad sancionadora de los órganos de la Administración, en relación al ejercicio del ius puniendi del Estado, cabe recordar que según su origen histórico se cuestiona la naturaleza común que buena parte de la doctrina española afirmarían entre ambas. Al respecto, la potestad sancionadora de la Administración no tiene una finalidad de reproche social de una conducta que ha lesionado valores esenciales que están constitucionalizados, como sí la tiene el ius puniendi penal, sino que tiene por finalidad exclusiva hacer eficaz una política pública.

Es así, que deben cuidarse las categorías en que se insertan estas potestades toda vez que podrían dar lugar a medidas desproporcionadas en el ejercicio de dicha potestad. Un ejemplo de esto es la Ley de Manifestaciones, en que se pueden aplicar multas considerables a quien se sorprenda en una manifestación.

Otra cosa es cómo se debe ejercer dicha potestad, pudiendo trasladarse las garantías del proceso penal, pero de manera que sean aplicables al ámbito del derecho administrativo. Lo anterior sobre todo en la medida que se postule un control judicial pleno al ejercicio de la potestad sancionadora, ya que no se observaría especial dificultad al ejercicio de dicha potestad por parte de estos órganos reguladores.

3. En relación al control pleno jurisdiccional, el problema que se evidencia en Chile es la inexistencia de tribunales contencioso-administrativos generales. En la práctica, es el recurso de protección el procedimiento que ha cumplido ese rol.

En España existe una jurisdicción contencioso-administrativa que es universal, que conoce de todas las cuestiones de cualquier ente público que aplique el derecho administrativo. No solamente es universal, sino que se aplica a todos los actos materialmente administrativos del Parlamento, del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial o del Defensor del Pueblo, cuando dicten actos administrativos. En este sentido, el derecho administrativo se ha tornado en un derecho público general y la jurisdicción contencioso-administrativa es la jurisdicción ordinaria concedora de los litigios que suscite la aplicación del derecho administrativo, no solamente cuando opere la Administración.

Por otro lado, en España existen juzgados contencioso-administrativo provinciales, Tribunales Superiores (salas de lo contencioso administrativo), Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo, Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (sala tercera).

Respecto a las jurisdicciones especializadas, que han proliferado en Chile, aquello es malo porque no hay una visión de conjunto. Es necesario ver todo en una visión dinámica. La jurisprudencia es también una norma directiva, no solamente la ley, sino que también la interpretación que hace el juez y cómo la decanta la doctrina jurisprudencial, que debe servir de retroalimentación para la conducta de la Administración. Si recibe mensajes diversos, ello no contribuye a que la Administración reconduzca su propia actuación.

4. A continuación, y en torno a la reforma constitucional española respecto al principio de estabilidad financiera, en el sentido de que si, por una parte, todas las Comunidades Autónomas están tendiendo hacia un mayor grado de autonomía y por otro lado se promueve desde la Unión Europea un mandato de unidad, parece interesante Dr. Parejo reflexionar sobre este punto.

Si bien se puede ver así, también se puede analizar a la inversa, como una garantía para los particulares, acreedores externos con el aval del Estado, de que los deudores internos van a pagar.

En cuanto a las causas que llevaron a tramitar la reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución Española, que se realizó en sólo quince días y que habría significado una “mutación” constitucional por cuanto lamina transversalmente toda la parte dogmática de la Constitución, de tal manera que ya no hay ponderación posible en las políticas públicas. De este modo, si no hay dinero, ya no se podría priorizar por ejemplo, hacer viviendas públicas, sino que se debe cumplir primero con los compromisos externos. La mutación consiste, entonces, en el cambio de prioridades en el orden de valores constitucionales.

En el plano de la organización territorial del Estado, en base al artículo 135 se estaría re-centralizando el Estado español, puesto que se impone el principio de estabilidad presupuestaria, por lo cual es el Ministerio de Hacienda quien dice a las Comunidades Autónomas que, por ejemplo, no pueden tener déficit para así cumplir con los programas de la Unión Europea, pasando éste a ser un controlador de los presupuestos públicos y de la deuda que asumen las comunidades autónomas.

5. En esta línea, cabe puntualizar que en nuestro país la Presidenta de la República convocó a una comisión de descentralización. Una de las cosas que se ha discutido es la posibilidad de elegir directamente en las regiones a la autoridad principal, que sería el paso hacia una descentralización política, pero como contrapartida el nivel de descentralización administrativa funcional permanece bastante bajo, así como la descentralización financiera. ¿Es posible vislumbrar un escenario de conflicto que quizás tiene que ver con la dinámica del Estado de las autonomías en España, donde hay una descentralización política muy fuerte?

La correspondencia entre el espacio decisional o de competencia que tienen las entidades descentralizadas, y su sistema de ingreso se muestra principalmente en el ámbito de la administración local y, como es una sola administración que está como sometida a las dos otras instancias superiores, ahí nunca se ha actualizado propiamente la hacienda local. Entonces, por ejemplo, hay un gap entre Barcelona ciudad, que tiene que hacer frente a una demanda ciudadana creciente de parques, de calles, de suministro de aguas, etcétera, y una hacienda local paupérrima, de tal manera que dependen de muchos factores. En parte el fenómeno de la corrupción urbanística

viene de ahí: cuando se tiene la potestad de generar riqueza de aprovechamiento urbanístico a través de la potestad de planeamiento, esto tiene un valor para la empresa privada. Hay un tipo de corrupción que no es mala (en el sentido de que nadie se mete dinero en el bolsillo), pero sí se corrompe el sentido de la ley, en el sentido de que se obtienen unos ingresos públicos que no están previstos, para fines indebidos o con objetivos distintos. Ahí si se manifiesta y es un peligro muy grande, por ejemplo la corrupción u otros problemas como demandas continuas. Por tanto debe estar acompañado. No se puede crear un ámbito de decisión político-administrativa y que ésta no tenga nada que hacer, porque entonces eso es contradictorio e implica una fuente de conflictos. Esa instancia tiene que legitimarse y ¿cómo se va a legitimar si las reclamaciones que hace de fondo al centro no prosperan? Entonces se puede verter sobre la opinión pública y eso va erosionando el sistema.

Para que una descentralización política funcione bien, el espacio decisional político, que guarda relación con la legitimación democrática, tiene que estar relacionado con el espacio decisional tributario o de la hacienda pública.

6. Ahora bien, en Chile el principal centralismo está dado por un factor económico y que de hecho es fundante en esta forma tan especial de presidencialismo. Al respecto, hay algunas propuestas de generar estatutos distintos para las regiones, tomando en cuenta diversos factores, no solo económicos, sino también étnicos. Sería importante conocer su opinión en torno a esta materia.

Cada país tiene que encontrar su solución. Se debe ver si, en función del territorio y la población, quizás no compense mucho, porque un sistema descentralizado es un sistema costoso. Es más complejo, cuesta más en los procesos decisionales, por la concurrencia de competencias. Hay otras opciones intermedias que quizás son más operativas. La descentralización tiene muchas ventajas, pero tiene sus costes. Por lo tanto, me parece que, por las características de Chile, primero sería conveniente simplificar el sistema administrativo, ver cuáles son las reglas de funcionamiento, que son complejas, porque son múltiples, antes de abordar a su vez la complejización de las estructuras administrativas sin clarificación de los métodos. Además, existen muy diversas fórmulas de desconcentración, descentralización funcional; fórmulas operativas que minimizan los costes y permiten solucionar problemas.

[Vea video completo de la entrevista.](#)

RELACIONADOS

- * [Crean Comisión de Descentralización y Desarrollo Regional...](#)
 - * [CS revocó sentencia y rechazó protección contra de Superintendencia de Seguridad Social...](#)
 - * [Nueva Constitución y descentralización: claves para una reforma pendiente...](#)
 - * [Los Principios que deben Gobernar el Derecho Administrativo Sancionador Correctivo...](#)
-