

LA COMPETENCIA IMPLÍCITA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, UNA GARANTÍA PARA LA CONTINUIDAD DE SERVICIOS PÚBLICOS

Aníbal Alejandro UZCÁTEGUI SILVA

Para conocer lo que este artículo pretende desarrollar, es necesario hacer un breve recorrido sobre la competencia propiamente dicha, la cual se encuentra derivada de la necesidad de proveer potestades que deriven en el funcionamiento de la actividad administrativa, la cual para el doctor Luis Fraga Pittaluga, en su libro *Incompetencia en el derecho administrativo*,¹ se contempla como la habilitación concreta requerida para que la potestad sea ejecutada en sus diversas manifestaciones, en este sentido, los doctores Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco y Ortega Álvarez, en su *Manual de derecho administrativo*,² lo consagran como la delimitación concreta de la potestad de cada órgano; por su parte, el doctor Julio Rodolfo Comadira en su obra *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*,³ citando a Cassagne, indica que la competencia es el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal, en este sentido, la jurisprudencia venezolana mediante Sentencia 00330 del 26/02/2002 emanada de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, establece la competencia como la capacidad legal de actuación de la administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por ley. De ahí, que la competencia no se presume sino que debe constar expresamente por imperio de la norma legal, en este

¹ Fraga Pittaluga, Luis, *Incompetencia en el derecho administrativo*, Caracas, Editorial Torino, 2000, p. 14.

² Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco y Ortega Álvarez, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1997, t. I, p. 225.

³ Comadira, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley S. A. E., 2004, p. 25.

sentido, queda claramente definido que un órgano requiere que la ley le confiera, conforme al principio de legalidad establecido en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cuota parte de la potestad de la administración pública que le corresponde ejercer, ejecutar y responder en satisfacción de las necesidades colectivas.

Ahora bien, una vez definido el concepto de competencia, podemos determinar que los órganos de la administración pública deben ejercer la potestad que les está conferida por ley, pero este ejercicio es complejo cuando existen distancias de jerarquía entre el funcionario investido de la facultad y el funcionario ejecutor de la misma y no se contempla el ámbito de actuación para este último en ninguna norma legal o reglamentaria, es decir, el jefe de la actividad administrativa del órgano en forma directa no se encuentra investido de facultades para realizar su misión de garantizar la actividad que le ha sido encomendada mediante su nombramiento, pero sí existe la posibilidad legal como una potestad de la máxima autoridad, de otorgarla mediante la transferencia de su competencia a través de una delegación interorgánica, o delegación de atribuciones según se contempla en la Ley Orgánica de la Administración Pública. El doctor Carlos E. Delpiazzo,⁴ consagra la delegación como un principio general en el campo de la contratación administrativa en oposición al centralismo burocrático, tendiente a solucionar los problemas más rutinarios de la administración, lo que la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos consagra en su artículo 50, como un deber de la máxima autoridad a fin de enfocarse en la planificación de metas estratégicas, pero no ahondaremos más en este aspecto a fin de no desviarnos del tema principal.

Según el doctor Julio Rodolfo Comadira,⁵ al establecer los criterios que delimitan la competencia de un órgano estatal, indica lo diverso de la doctrina y la jurisprudencia al referirse al tema sobre la determinación del alcance de la competencia, por lo que observa la apertura del campo en cuanto a los criterios dirigidos a ampliar el espectro interpretativo del asunto, proponiéndose la inclusión dentro del contenido de la competencia a los poderes razonablemente implícitos en los expresos y a tal efecto vincula la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en pleno, 1/10/85, "Multicambio S.A.", así como el criterio de la Corte

⁴ Delpiazzo, Carlos E., *Derecho administrativo uruguayo*, México, Porrúa, 2005, p. 244.

⁵ Comadira, Julio Rodolfo, *op. cit.*, nota 3.

Suprema de Justicia Nacional, en cuanto a la aceptación sobre la posibilidad de inferir de modo implícito, ciertas atribuciones de facultades expresamente concedidas a un órgano; asimismo, añade que estos poderes implícitos pueden presentarse directamente tal y como es empleado en el derecho privado para determinar la capacidad de las personas jurídicas, resultando posible “una conciliación jurídica entre ambas posturas, definiendo el contenido de los poderes razonablemente implícitos por medio de la especialidad, sin perjuicio de utilizar también esta última pauta para dar contenido a los poderes inherentes”, refiriéndose a los poderes inherentes como aquellos conforme a los que derivan de la propia existencia y naturaleza del órgano, aun cuando no exista fundamento expreso o literal en su norma o instrumento de creación, en este sentido, se debe considerar el contenido razonablemente implícito que se infiere de la norma o instrumento de creación, además de considerar la naturaleza o razón de ser del órgano al cual se refiere, todo ello dentro de la especialidad que entraña sus funciones.

Para el doctor Carlos Delpiazzo,⁶ el acto administrativo se beneficia de la suposición de apego al ordenamiento jurídico, es decir, cuenta con una presunción de juridicidad, sustentado en la necesidad de asegurar el accionar continuo e ininterrumpido de la administración, en este sentido, cabe señalar que la actividad constante de un órgano debe garantizarse a fin de mantener el ejercicio de sus funciones dentro de la responsabilidad que su omisión puede ocasionar respecto a su actividad y por ende a los derechos de los administrados o destinatarios del servicio o la actividad pública afectada, es decir, en resguardo del interés público, en este sentido el doctor Carlos Delpiazzo,⁷ establece que la atribución expresa de *poderes* no puede interpretarse como taxativa en virtud del *principio de los poderes implícitos*, según el cual la asignación de un cometido a una entidad (personificada) u órgano (no personificado) supone implícitamente la atribución de los poderes que sean necesarios para cumplirlo adecuadamente. En cambio, la *materia* de la competencia —o sea, las tareas o cometidos asignados— debe estar atribuida expresamente, de modo que no existen cometidos implícitos sino que, por el contrario, rige al respecto el *principio de la especialidad* “según el cual las personas jurídicas (y también sus órganos) sólo pueden actuar válidamente en las materias o actividades que les están expresamente confiadas”, en este sentido la especialidad juega un papel importantísimo, por-

6 Delpiazzo, Carlos, *op. cit.*, nota 4.

7 *Ibidem*, p. 43.

que es la materia, fin o necesidad pública que se encuentra bajo la tutela del órgano administrativo.

La Resolución 0433-2004-RA, emanada de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador, de fecha 21 de diciembre de 2004, contempla que la competencia “es el conjunto de funciones que una persona pública u órgano administrativo puede legítimamente ejercer”. Siendo la competencia determinante de la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada ente u órgano de la administración pública. Como dice Agustín Gordillo:⁸ “Es su aptitud legal de obrar”. En principio la competencia debe ser expresa, no obstante, la norma que la atribuye no puede establecerla en términos exactos, sino que “puede emplear expresiones amplias o conceptos jurídicos indeterminados”. Esta situación no contradice el principio de legalidad que rige a la administración pública, sino que “es conforme con los postulados del Estado social de derecho, que imponen una labor eminentemente activa a la administración pública para la consecución del bien común, la atención de las necesidades colectivas y la solución de los complejos problemas sociales”. Por lo antes expuesto la competencia debe ser conferida expresamente, pero no se concibe como una situación rígida, estática o predeterminada, pues su finalidad no es anular la actividad administrativa ante la amplia gama de situaciones de un mundo cambiante que pueden y de hecho se presentan en las distintas actividades del Estado como la actuación de un colectivo lleno de necesidades, pues sería prácticamente imposible que el legislador plasme en la norma todas y cada una de las situaciones posibles, limitando la iniciativa en la labor administrativa.

En Sentencia C-432/03 emanada de la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, que decide el caso correspondiente a la demanda parcial del artículo 102 de la Ley 488 de 1998, “por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las entidades territoriales”, en cuanto a la competencia en materia tributaria, respecto a sus límites en cuanto a la norma constitucional, cita:

De conformidad con los artículos 150-12 y 338 de la Constitución Política el Congreso de la República ostenta la soberanía fiscal, que por supuesto no es absoluta. De suerte que el Congreso tiene la primacía para establecer tri-

⁸ Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo: parte general*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, pp. XII-7 y 8.

butos del orden nacional fijando directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, al igual que las tarifas correspondientes. Contexto en el cual, habida consideración de los respectivos periodos gravables, el legislador puede estipular fechas específicas para la realización de conductas atinentes a la obtención de beneficios fiscales.

En este sentido, igualmente, se señala la presencia de elementos de discrecionalidad que hacen presente la implícitud de la competencia, al señalar

...si bien encuentra límites y restricciones que se desprenden del mismo texto constitucional, la atribución de legislar en materia tributaria, principalmente encomendada al Congreso de la República, es lo bastante amplia y discrecional como para permitirle fijar los elementos básicos de cada gravamen atendiendo a una política tributaria que el mismo legislador señala, siguiendo su propia evaluación, sus criterios y sus orientaciones en torno a las mejores conveniencias de la economía y de la actividad estatal.

Todo ello bajo la premisa de la inexistencia de normas que se opongan al mandato constitucional, siendo en este sentido la supresión de tributos competencia implícita al ejercicio de la función propia del Congreso de la República de Colombia.

En Sentencia 2612 del 11/12/2001 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que decide el caso correspondiente al recurso de nulidad interpuesto por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por el abogado Iván Darío Badell González, en su carácter de Fiscal General de la República, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el único aparte del artículo 45 de la Ley de Reforma Parcial de la Constitución del Estado Portugués, promulgada por la entonces Asamblea Legislativa de la referida Entidad Federal, el 20 de diciembre de 1991, publicada en la *Gaceta Oficial* de dicho Estado, número extraordinario, de la misma fecha, y su desistimiento posterior por parte del representante del Ministerio Público, considerando la capacidad para desistir que señala el legislador le es otorgado a las partes de un proceso para poner fin a éste, indica dicha sentencia que el ejercicio de la misma se encuentra condicionada a la existencia de una capacidad subjetiva y objetiva que encontramos dispuesta en el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, normas que rigen como supletorias en los procedimientos que cursen ante este alto Tribunal de conformidad con el artículo

88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Vigente para la época del conocimiento de la causa). Así, el indicado Código en su título V, capítulo III, rige todas las figuras relativas a la autocomposición procesal de la siguiente manera: “*Artículo 264.* Para desistir de la demanda y convenir en ella se necesita *tener capacidad para disponer del objeto sobre que verse la controversia* y que se trate de materias en las cuales no estén prohibidas las transacciones” (Resaltado de la Sala). Sin embargo no obstante a esa capacidad establecida en la norma, el ejercicio de la misma se encuentra condicionada a la existencia de una capacidad subjetiva y objetiva que encontramos dispuesta en dicho artículo 264. La capacidad subjetiva a la cual hace referencia el artículo citado, debe ser interpretada en concatenación con lo preceptuado en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

Artículo 154. El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma; pero *para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, se requiere facultad expresa* (Resaltado de la Sala).

Dicha capacidad debe ser entendida como la competencia que debe tener el órgano recurrente para desistir conforme al principio de legalidad que rige a los órganos que ejercen el poder público, debe estar determinada de forma expresa, circunstancia que obliga señalar que, la aplicación de normas de derecho privado en el ámbito jurídico del derecho público debe hacerse resguardando la naturaleza de las instituciones que conforman a éste último. A tal efecto estima la Sala que:

en materia de derecho público rige el principio conforme al cual la competencia de los órganos debe estar prevista de manera explícita o expresa en un instrumento normativo, por ser una manifestación de las potestades públicas a éstos otorgadas, de modo que, acudir a la tesis de las competencias implícitas a fin de justificar el ejercicio de ciertas facultades que la ley no atribuye a los órganos públicos, constituye una excepción de interpretación restrictiva al principio de la legalidad, que incluso a veces, no ha contado con la aprobación de la mayoría doctrinaria.

Pero que:

...conforme al principio conocido como el “paralelismo de las competencias”, los órganos públicos estarán facultados en algunos casos para realizar determinadas actividades, sin que para ello requieran de una ley o norma que los habilite a tal fin, siempre y cuando no exista una norma que expresamente lo prohíba; con lo cual se busca resolver en el ámbito fáctico, los problemas que pudieran suscitarse cuando una norma atribuye competencia a un órgano para dictar un acto, pero no indica cuál es el órgano facultado para modificarlo o revocarlo, por ello, ha señalado la doctrina patria más autorizada, que en nuestro ordenamiento tal principio puede ser aplicado perfectamente, salvo que se trate de un acto de efectos particulares.

Por todo lo ya analizado, podemos concluir que si bien es cierto que la competencia debe estar definida e identificada en cuanto al órgano u ente que se encuentra investido de una facultad específica, no es menos cierto, que bajo los principios lógicos de la perfectibilidad del derecho, la especialidad de la actividad que realiza y la razón de su existencia razonablemente sustentada. Existen situaciones no definidas que se encuentran bajo el campo de acción o espectro de la competencia, ampliando la capacidad de respuesta y acción de las actividades propias de la administración pública para garantizar los bienes, servicios y demás beneficios colectivos que se encuentra encargado de realizar, lo que califica como competencias implícitas de la administración pública, por tal motivo es procedente la contratación de bienes o servicios que sean estrechamente necesarios para realizar la actividad normal del órgano o ente del que se trate, a fin de mantener las necesidades básicas de funcionamiento, tales como el pago de nómina del personal, la continuidad de los servicios de electricidad, telecomunicaciones, equipos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la sede, siempre que todo ello se encuentre vinculado a la prestación del servicio que constituya la razón de ser del órgano o ente público, por lo que el acto administrativo o contrato administrativo se considerará de efectos generales pues entraña un beneficio colectivo dentro de su esencia, siendo esta condición *sine quanon* para su procedencia, cumpliendo con los extremos legales en cuanto a la formalidad de la contratación de los mismos, ya que sólo es una forma de mantener operativa la capacidad de servicio del Estado por parte del funcionario que por dilatación en el trámite administrativo correspondiente se encuentre a la espera del acto administrativo que le transfiere la atribución pero dentro de un órgano o ente que posee competencia para el

desarrollo de la actividad a que se refiere, quedando completamente fuera del alcance de este espectro jurídico la contratación de bienes y servicios tales como mejoras, remodelaciones para el embellecimiento y ornato, apoyos extraordinarios, construcciones nuevas para ampliaciones o desarrollos para incrementar la capacidad de servicio existente, pues ello escapa de la intención que corresponde a la continuidad, debiendo dársele cumplimiento a los procesos de contratación respectivos, por ello entonces podemos establecer unas características para que pueda hacerse uso de la competencia implícita respecto a la contratación pública para garantizar la continuidad administrativa y son los siguientes: 1) Que las atribuciones no se encuentren previamente establecidas en un instrumento normativo en forma específica. 2) Que el órgano o ente tenga competencia para realizar las actividades a las cuales se orienta la contratación. 3) Que el acto administrativo o contratación sea materializada por un funcionario que podría corresponderle delegación de atribuciones por su ubicación jerárquica o responsabilidad. 4) El objeto del acto administrativo debe ser para garantizar la continuidad del servicio o la actividad productiva del órgano o ente. 5) Que se cumplan los extremos legales en cuanto al proceso de selección de contratistas y demás formalidades del acto administrativo o contratación respectiva, pues no se contempla la omisión de dichos procesos legales en virtud del principio de transparencia.