

## SUBESTIMACIÓN DEL PASADO Y MANÍA DE LO NUEVO

Por GIORGIO DEL VECCHIO,  
Profesor emérito y ex-Rector  
de la Universidad de Roma\*

La subestimación del pasado y la manía de lo nuevo, son dos vicios que, en el fondo, se reducen a uno solo; y están de tal manera difundidos y son tan generalmente aceptados, que por lo común, no se consideran como vicios sino como hábitos naturales y legítimos. No obstante tienen consecuencias graves en la vida individual y social y si se llegara a corregirlos, derivarían de ello no pocas ventajas. Algunas simples observaciones serán suficientes para demostrarlo.

El interés de los hombres, por lo general, se reduce casi exclusivamente a las cosas que los circundan en el momento presente y que están al alcance de sus sentidos. Se considera que no vale la pena ocuparse de aquello que pertenece al pasado y, sólo por excepción, cuando existen poderosos motivos, se llega a tenerlo como digno de tomarlo en cuenta.

Dos son, evidentemente, las causas de este triste fenómeno: la apatía mental, por la cual la mayoría de los hombres se preocupa de aquello que proporciona o parece proporcionar una inmediata utilidad y el prejuicio generalizado de que el pasado es, en absoluto, inferior al presente. Prejuicio inveterado pero falso, como resulta evidentemente de las antiguas obras maestras que poseemos hoy en día, por ejemplo, en el campo de la filosofía, de la poesía y de las bellas artes. Si algunas verdades luminosas cuya afirmación se hizo en el pasado, especialmente en materia religiosa, son todavía honradas y respetadas, se debe sobre todo al esfuerzo de la Iglesia por reafirmarlas cada día. Si algunos monumentos de los siglos lejanos son admirados todavía, ello se debe al hecho innegable de que su belleza está, por así decirlo, al alcance de los ojos.

\* Traducción de Miguel R. Ortega con la autorización expresa del autor.

Es muy fácil demostrar cual sea hoy, en general, y salvo raras excepciones, el estado de cosas. Parecería natural que cada quien debiera tener un cierto interés en conocer, si no la historia del propio o de los otros países, por lo menos la de su propia familia; sin embargo no es así, el recuerdo de los antepasados más allá de la segunda generación no sobrevive. Sólo ciertas familias que se consideran aristocráticas lo conservan. Si se interrogase a cientos de personas sobre las profesiones ejercidas por sus bisabuelos, posiblemente sólo dos o tres estarían en grado de responder. Las mismas cartas y los documentos personales, cuando no se trata de hombres celeberrimos, son casi siempre destruidos a la muerte de los respectivos sujetos. ¿Por qué no se deberían conservar al menos aquellos de personas que hayan ejercido algún oficio o efectuado algún hecho que de alguna manera tenga algo de notable? ¿Costaría mucho recoger aquellos elementos biográficos en un archivo siquiera fuera al cuidado de alguna comunidad o municipio? ¿Y no podrían aquellos datos ser precisos para quien deseara hacer particulares estudios e investigaciones aun a la distancia de los tiempos? Quien quiera, por ejemplo, saber dónde están las tumbas de personas que en alguna forma sobresalieron —aunque repetimos no sean celeberrimas— difícilmente podrá obtener tales noticias.

Se dirá y es lastimosamente verdadero, que ya los archivos existentes son muy raramente consultados como material de estudio y están, aun en gran parte, vírgenes a la investigación, aun cuando sin duda alguna contienen inapreciables tesoros; esto confirma, pero de ninguna manera excusa, el fenómeno del menosprecio hacia lo pasado.

Para ilustrar los hechos del día ayudan, como es obvio, los periódicos cotidianos y semanales. Y que sea útil nadie pretende negarlo. Pero puede observar que aquellos periódicos —o al menos la mayor parte de ellos—, se difunden con superabundancia de particulares sobre cosas fútiles y con frecuencia malsanas, incitando así pasiones vulgares que deberían ser, por el contrario, sofocadas. La prolijidad es en sí misma un grave defecto y lo es más cuando sale de los linderos de la moral y de la cívica educación. Misión de la prensa periódica no es solamente la información sino, antes bien, la propagación y el cultivo entre el pueblo, de aquello que puede ayudar al bien común.

Muy escasa atención dedican casi todos los periódicos a las obras de doctrina y de ciencia y menos a sus autores, cuando no sea para ocuparse de circunstancias extrínsecas o de particulares aspectos personales. Se aduce como justificación, el poco interés del público por obras de esa naturaleza y hasta la poca disponibilidad de espacio; pero en verdad el interés no faltaría por lo menos en buena parte del público y el espacio se encontraría fácilmente si fuera reducido aquello que, casi sin límite, se concede a espectáculos pugilísticos y a todas las incidencias eróticas de actores y actrices.

El daño que deriva de todo ello es tanto mayor cuanto que, a la lectura de periódicos, se dedica hoy, por lo general, más tiempo que a la lectura de libros. Aun obras de un valor indiscutible no merecen en la actualidad el interés sino de unos pocos, sólo porque no tienen aquello que es, a los ojos de la mediocridad, el máximo atributo: la novedad.

El escaso o absoluto desconocimiento de esas obras hace que no pocos escritores repiten y publican (tal vez en propia ventaja, pero no ciertamente de la ciencia) estudios hechos ya, tal vez con mayor profundidad, por otros pensadores. Esto se nota aun haciendo omisión de los casos de plagio, algunos de los cuales aparecen hábilmente encubiertos.

La cultura, de esta manera, avanza muy precariamente o decae. Se imprimen, es cierto, libros en abundancia, pero muchos de ellos persiguen propósitos de celebridad u otros fines menos elevados. Sin embargo no faltan, por fortuna, autores serios que se inspiran en altos ideales y en los variados ramos de la cultura marcan verdaderos hitos de progreso. Pero estos autores son precisamente los que han estudiado profundamente las obras de sus predecesores.

Es lamentable que sea más numeroso el grupo de aquellos que desdeñan la lectura de los clásicos y de las obras que no sean recientes, demostrando muchas veces por simple snobismo, su conocimiento sobre aquellos autores en ese momento de moda. En muchas cosas, por exagerada inclinación a lo nuevo (neomanía), se han abandonado todos los precedentes de algún valor, consagrados por el uso, para adoptar formas decadentes. Así, en la música se ha preferido especialmente para las danzas, sonidos de

raíces bárbaras captados de las tribus africanas y se han preterido melodías de cadencias más nobles y estéticas. En la literatura, se hace desprecio del ritmo y de la rima y se hace la presentación de poesías que nada poseen de poético y que sólo son trozos de prosa, a veces sin interna armonía; pero hay tal desvío en el gusto, que tales seudopoesías encuentran editores, comentarios laudatorios y hasta premios. En la pintura se hace hoy en día una acelerada deformación del arte sublime de Rafael y de Leonardo.

Hay un campo en el cual, como todos saben, la moda tiene un dominio incontrastable imponiendo cada año, para beneplácito de algunos fabricantes de ropa especialmente femenina, cambios en las medidas y en las formas, con el propósito evidente de obligar a quien acepta aquellas volubles imposiciones (que son desgraciadamente casi todos), a hacer a un lado la vestimenta ya adquirida para obtener la nueva. Que ello sea solamente un inútil desperdicio es manifiesto, pues la absoluta volubilidad no puede ser un provecho. Los antiguos griegos y romanos escogieron y mantuvieron vestidos convenientes a sus condiciones de vida, así hoy de conformidad con el cambio de exigencias, otras formas pudieron o podrían todavía adoptarse, pero no de conformidad con el vano y suntuario capricho de los dictadores de la moda, sino por constantes y serias razones.

No puede aprobarse el culto que se concede a aquella inconsculta dictadura, especialmente por las personas amantes del lujo, que dedican a su cuidado tiempo y fondos mayores de los necesarios, porque este tiempo y dinero con mayor justicia deberían ser dedicados a obras benéficas y de proyección social.

En lo concerniente a las artes y a las letras, la edad nuestra no ha producido obras superiores a aquellas de los pasados siglos, posiblemente porque ya habían alcanzado la más alta cima de la perfección.

En la filosofía y en la política muchas verdades fundamentales puestas en luz por grandes pensadores, han estado y están todavía fuera del conocimiento de muchos o han sido combatidos con saña. Han resurgido así con nueva forma, antiguos y no pequeños errores, como por ejemplo, la tesis de que la política sea superior a la moral o independiente de ella; tesis que tuvo, como es sabido, su máximo exponente en Maquiavelo, y fue después

configurada a su modo, con abierto menosprecio de la moral, por Nietzsche y más recientemente por aquel erudito pero mediocre filósofo: Benedetto Croce. Nadie puede maravillarse que esta tesis haya sido acogida por los tiranos y gobernantes absolutos que ofendieron a la justicia y a la libertad en grado tal que resulta superfluo subrayarlo.

Otro error tan ampliamente difundido ahora y proclamado como verdadero dogma que justificaría la lucha entre las clases sociales para instaurar el dominio del proletariado contra los principios del Estado liberal, es la tesis del materialismo histórico —o materialismo dialéctico formulada por Marx—. La difusión de esta tesis —a pesar de que su fundamento erróneo haya sido demostrado con meridiana claridad— deriva, más que de su aspecto de novedad y de su apelación a los bajos móviles del alma humana, del hecho que haya sido acogida como enseña de un partido político; y todos sabemos cómo ahora los partidos imponen a sus afiliados una rígida disciplina con marginamiento absoluto del raciocinio individual. Los daños y peligros que resulten de ello para el recto funcionamiento de los órganos del Estado y aun para la paz en el ámbito interno y hasta en las relaciones diplomáticas, son tan evidentes que no ameritan un análisis prolongado de estos extremos. Advertimos solamente que la neomanía o el snobismo y el sentimiento multitudinario (“como le pecorelle escon dal chiuso... e cio che fa la prima, e l’altre fanno”), se asocian aquí concurriendo a determinar la crisis que turba hoy la vida de varios pueblos.

Si analizamos los hechos que sumariamente hemos señalado, a los cuales muchos más se podrían añadir, debemos concluir que la historia humana no es, como ha parecido a algunos y todavía muchos lo creen, una serie de continuos progresos, sino un cuadro complejo en el cual luces y sombras se alternan, así como las evoluciones con las decadencias y las involuciones. Y hasta es frecuente que las dos especies opuestas de fenómenos se verifiquen a un mismo tiempo en un pueblo, en los diversos campos de actividades. Que en la edad moderna la técnica haya avanzado con numerosas invenciones, está fuera de duda; pero también es cierto que si las industrias han sustraído de ello gran ventaja, también la delincuencia se ha valido de aquellos mismos inventos en forma que hoy se realizan delitos que hubieran sido imposibles en otras



## FACULTADES Y LIMITACIONES DE LAS CONVEN- CIONES CONSTITUYENTES Y REFORMADORAS DE CONSTITUCIONES

PARA SERVIR DE INTRODUCCION A UN CURSILLO\*

Prof. SALVADOR M. DANA MONTAÑO

Las flagrantes violaciones de principios fundamentales y de normas legales, más o menos claras y expresas, las injusticias de toda clase, y la alteración de los preceptos que rigen la vida política del país, no reconocen, en último término, otro origen, más que una gran ignorancia sobre la materia. Lo que los filósofos llaman "la ignorancia del elenco" está muy difundido en derecho público, y especialmente, en el derecho público positivo, o vigente. [Las disposiciones de derecho constitucional son, a menudo, incompletas, poco claras, favoreciendo así las interpretaciones arbitrarias y lo que alguna vez he llamado las actitudes "pilatunas" de los órganos llamados a resolver los conflictos y las lagunas del derecho, que favorecen la prevalencia de la "razón de Estado", que con frecuencia no es nada más que la conveniencia del Delfín.] Las universidades, por su parte, no contribuyen, o contribuyen muy poco, por muchas razones, a esclarecer conceptos, difundir ideas y doctrinas ortodoxas, con relación al ordenamiento constitucional y positivo, en general, y las teorías más disparatadas y absurdas se escuchan en las aulas de estudios superiores, se leen en los editoriales de la llamada prensa "diaria", y en los diarios de sesiones legislativas, en los fallos de los más altos tribunales y en los libros de los autores más reputados. Y así andan las cosas.

La preterición de los estudios de Ciencia Política, que son los que deben proporcionar criterios valorativos de las instituciones, la aplicación de métodos inadecuados a la naturaleza del fenómeno político, que tiene tan particulares peculiaridades, como acaba

\* Desarrollado por el autor a fines de mayo de este año, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Buenos Aires.

épocas. El perfeccionamiento de las armas ha hecho que las guerras modernas superen en sus estragos a las antiguas. Por eso es tan grave la culpa de quien promueve acciones bélicas sin justas razones.

Por todo esto, sin abandonarnos a fatuas ilusiones ni a inertes desesperaciones, debemos confiar que la razón ínsita en el espíritu humano, evolucione y prevalezca, a pesar de temporales eclipses y regresos, ya que solamente siguiendo los dictados de la razón, el género humano podrá obtener justicia plena y segura paz. Para la consecución de este fin debemos prepararnos, aunque sean débiles las fuerzas nuestras y aparezca lejana la ansiada meta.

de demostrarlo en una obra exhaustiva sobre la teoría y el método del análisis político el profesor Eugene J. Meehan (*The theory and method of political analysis*, Homewood, Il., The Dorsey Press, 1965), cooperan, a su vez, en lugar de administrar el remedio, a agravar el universal mal de la ignorancia de la materia, que es la fuente de todos los vicios y errores institucionales y doctrinarios mencionados.

Bien está, pues, que la Universidad Católica de Buenos Aires haya organizado este cursillo sobre "Facultades y limitaciones de las convenciones constituyentes y reformadoras", destinado a llenar el hueco que en los programas y en las clases de Derecho constitucional, por muchos motivos, deja la labor diaria o regular.

Por fuerza, nuestra tarea debe comenzar con un estudio acerca de las disposiciones de derecho positivo vigentes, en el orden nacional y provincial que nos servirá para determinar, en primer lugar, el estado de la cuestión y, luego, para destacar la necesidad de estudiar tranquilamente, antes que los conflictos a que da lugar la insuficiencia de normas expresas se presenten, lejos del calor de las pasiones y distantes de los intereses en juego, en cada ocasión, que son tan poderosos, enconados e influyentes, lamentablemente, contribuyendo, a su turno, a la fijación de un precedente, invocado posteriormente como un dogma, por infundado, ilegal e ilegítimo que sea. Pero, antes, permítaseme que haga una breve referencia a la importancia y las peculiaridades del proceso constituyente, como acto legislativo de primera magnitud, dentro del Estado de derecho, que es la etapa de los tipos de Estado que atravesamos en la actualidad.

#### 1) —Importancia de la revisión, total o parcial, de una constitución.

[La reforma total o parcial de una constitución, o sea, el cambio o la modificación de la ley fundamental de un Estado, que es "la ley de las leyes", importa nada menos que basar el establecimiento de relaciones jurídicas justas, perdurables, indiscutidas e indiscutibles cuanto eficaces, como que persiguen la obtención de efectos jurídicos fundamentales.] La producción o la creación de un efecto jurídico determinado, se vincula, según el profesor Sandulli, en la *Introduzione* a su tratado sobre *Il procedimento amministrativo* (Milano, 1959), a una pluralidad de hechos, que pueden

ser **eventos**, o acontecimientos positivos, y **circunstancias**, o estados o situaciones de hecho, que en concreto conducen a la emanación de la nueva norma.

Los **hechos** a que nos referimos constituyen una serie de actos humanos, ordenados en sucesión regular, conforme a normas ordinariamente establecidas (o a establecer de acuerdo a otras preestablecidas, en menor número, en algunos casos), que son el resultado de la colaboración de más de un órgano y de varias personas, que son los elementos constitutivos de una unidad compuesta, producto de la voluntad de diversos órganos del Estado, que ejercen el poder político (el electoral, el legislativo, el constituyente propiamente dicho, etc.), que tienen diverso poder determinante al efecto (p. 3).

Nos referimos exclusivamente al **procedimiento**, es decir, al orden procesal orgánico, que adquiere particular importancia y singular valor, "cuando se toma en consideración la acción de los entes jurídicos en general y que reviste un interés aún mayor, desde que se refiere a la acción del Estado, y, en general, de los entes públicos" (id., p. 12 y s.). [La organización jurídica vigente establece, total o parcialmente, la distribución de las distintas funciones o actos, entre los órganos componentes, especificando más o menos eficazmente las atribuciones de cada uno de ellos; de ahí que, para determinar las facultades de las convenciones constituyentes o reformadoras, debemos recurrir, en primer término, como ya dijimos, al Derecho constitucional y, subsidiariamente, a la Ciencia política, que nos permitirá llenar las lagunas o huecos que deje el ordenamiento positivo en esta materia, tan importante y delicada.]

Arguye el autor precitado que, [considerado el Estado contemporáneo, como Estado de derecho, éste debe preordenar su compleja maquinaria a la realización de los fines propios del mismo,] de tal manera que pueda ofrecer las mayores garantías de respeto a la legalidad y a la conveniencia pública (pp. 13 y s.). Agrega Sandulli que este fenómeno —[facultad y deber a la vez, del Estado actual— es común a todas las funciones del Estado] (p. 14). Por ello, la doctrina más reciente ha ilustrado, esclarecido y destacado, junto al procedimiento **judicial**, tradicionalmente admitido y estudiado, el procedimiento **administrativo** y el procedimiento **legislativo**, antes poco considerado. Lamentablemente, por las razones que al

principio esbozamos, no ha puesto el mismo cuidado en esclarecer y estudiar el procedimiento constituyente y reformador de la ley fundamental, a pesar de su importancia indiscutiblemente mucho mayor, con relación a la creación jurídica ordinaria y al proceso de aplicación y de dilucidación de las controversias suscitadas por ella. Piénsese, nada más, en la necesaria colaboración de varios poderes del Estado, que contribuyen a la revisión constitucional: el P. L., que declara la necesidad de la misma; el P. E., que debe dar cumplimiento a la ley respectiva, de convocatoria del órgano constituyente o reformador; el poder electoral, que tiene, según el ordenamiento positivo, funciones más o menos extensas, de simple elección de los miembros del anterior, o de colaboración con el legislativo, en su caso, para confirmar la declaración legislativa, o no; el poder judicial, que puede tener o no intervención en caso de conflicto entre los órganos anteriormente mencionados, y finalmente, declarar o no la legitimidad del acto de revisión, en todo o en parte.

## 2) —Diversas etapas del procedimiento de revisión constitucional: su trascendencia en cuanto a la validez y eficacia del cambio o de la modificación de la ley fundamental.

En el procedimiento de revisión constitucional pueden distinguirse, como en el procedimiento administrativo, tres fases, bien definidas: 1ª) la preparatoria; 2ª) la constitutiva; y 3) la integrativa. Las tres tienen su propia importancia y trascendencia en el efecto jurídico perseguido; por lo que deben estudiarse separadamente. La primera y la segunda, especialmente esta última, tienen profunda repercusión en lo que atañe a la existencia misma, o sea, a la validez, de la revisión; la tercera, a la eficacia de la misma.

### PRIMERA FASE: ELEMENTOS PREPARATORIOS DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

En la fase preparatoria, en el análisis que haremos del derecho constitucional positivo, examinaremos sucesivamente los diversos actos de preparación de la revisión constitucional. Aclaro que cuando nos referimos a la revisión constitucional, sin distinción, aludimos tanto a la reforma total cuanto a la parcial; pero

cuando decimos reforma, aludimos a la revisión total, y cuando decimos enmienda, solamente a la parcial.

Son elementos preparatorios de la revisión: 1º la iniciativa de la misma, que comprende la competencia para promover la reforma, total o parcial, del instrumento constitucional; la forma para ponerla en movimiento y para aprobarla, que puede ser simple o compuesta, según intervenga uno o más órganos del Estado; y el tiempo en que debe o puede hacerse; 2º) la declaración misma: su fuerza, su vetabilidad, etc.; 3º) la determinación de las facultades del órgano que debe pronunciarse sobre ella; 4º) la elección del cuerpo "ad hoc", en su caso; y 5º) la constitución regular de éste. Este último aspecto está en el límite de los elementos preparatorios y constitutivos, en una zona gris, muy difícil de separar.

Por razón del tiempo de que disponemos, reducido a cinco clases, y del abundante material a estudiar, no me detendré a analizar la naturaleza de estos actos preparatorios, o sea, si son "condiciones juris" o meros presupuestos de la revisión, o causas o motivos de la misma o requisitos o procedimientos de su eficacia. Baste saber que son verdaderos actos jurídicos, es decir, regidos por el derecho y destinados a producir importantes efectos jurídicos (autor y ob. cit., p. 130, N° 3), cuya observancia, por consiguiente, tiene su natural y jurídica importancia, en cuanto a la existencia del acto final.

Son elementos constitutivos propiamente dichos: 1º) la redacción y presentación del o de los proyectos de revisión; 2º) su discusión y aprobación; y 3º) su sanción. Por su actual importancia y necesidad, incluyo entre éstos, en la primera etapa de esta fase, al asesoramiento técnico sobre el contenido, o lo que debe revisarse; y en la segunda, el asesoramiento sobre la forma de las enmiendas o reformas.

Como estos elementos constitutivos, son por definición, "los elementos operativos del efecto jurídico buscado, frente al cual aparecen dotados de un poder directamente determinante" (ob. cit., p. 188), deben ser cuidadosamente estudiados y cumplidos, como que de ellos depende la existencia misma, o la validez de la revisión, según ya dijimos. Tienen particular importancia en esta parte del proceso constituyente o reformador, los límites obje-

tivos y políticos del órgano revisor, a saber, los límites jurídicos establecidos por el ordenamiento constitucional preexistente, los establecidos por los elementos preparatorios, especialmente los puntos o secciones a revisar, y las atribuciones conferidas por la ley de convocatoria al órgano revisor; y los límites metajurídicos, o políticos propiamente dichos, constituidos por la historia, la naturaleza, la tradición, el derecho divino y el derecho natural, y el bien público, en general.

Por último, los elementos **integrativos**, o **declarativos**, son: 1º) aquéllos que atañen a la participación en la sanción de otros órganos estatales, por ej., el cuerpo electoral, cuando se somete la decisión final al voto popular (plebiscito), que puede pasar a ser un elemento constitutivo, o de sanción, según el derecho positivo; y a la posibilidad de enervamiento de la aprobación del cuerpo constituyente o reformador por otro poder (quid del veto de las reformas o enmiendas constitucionales); 2º) la publicación y promulgación de la reforma, que puede encomendarse jurídicamente al mismo cuerpo que la realizó, o a otro poder; y finalmente, 3º) el juramento (que hace al reconocimiento o adhesión de los demás poderes y del pueblo).

Como ya dijimos, los dos primeros elementos hacen a la **existencia** o **validez** de la revisión, los últimos, a su operatividad, o **eficacia**. Participan éstos de la categoría anterior, porque son confirmativos o declarativos de los mismos, los perfeccionan, “en cuanto son decisiones directas en el surgimiento del efecto jurídico buscado (que es la creación de la nueva norma constitucional), pero tienen un alcance prácticamente negativo: su acción (efectivamente) consiste en hacer funcionar a los primeros, por la remoción de obstáculos” (ob. cit., p. 188).

A pesar de la diferencia en cuanto a los efectos, todos ellos, los preparatorios, como los constitutivos y los integrativos, revisten una importancia capital en el acto constituyente o reformador, porque éste es un acto complejo y solemne, formado por “una multiplicidad de actos, provenientes de diversos sujetos psíquicos, que tienen un carácter homogéneo, y tendiente a la realización de un fin único inmediato, esto es, a un efecto único” (ob. y autor cit., p. 215), y por ende, cuya observancia tiene singular relieve en cada fase y valor en cada acto. Su omisión o irregularidad produce, como es natural, efectos jurídicos también distintos o diferentes, de los que nos ocuparemos en su oportunidad, como también de sus remedios.

## PARTE I

# DERECHO PÚBLICO COMPARADO SOBRE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

### 1) — Revisibilidad de las constituciones.

Es la regla. La revisión puede ser **total** o **parcial**, siguiendo a la Constitución Nacional (art. 30): “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes”. Este es un principio fundamental de nuestra organización federal, al que deben sujetarse las Provincias, ex vi de los artículos 106 y 5º de la Constitución Nacional.

### 2) — Ambito de la revisión.

[Cuando se habla de la posibilidad de la revisión **total**, aludimos al conjunto del instrumento constitucional, sea el federal sean los provinciales, pero no, a su integridad, a su substancia. Tanto la Constitución Nacional como las constituciones provinciales no son una creación jurídica arbitraria; son el resultado de la historia y de la conformación orgánica del país y de sus partes integrantes; de la Historia y de la tradición; de las ideas e ideales políticos, etc., que imponen límites metajurídicos a la voluntad del legislador constituyente.] No hay en nuestro régimen político, nacional o provincial, una cláusula como la que contiene el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958 (que dice: “La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de reformas”), pero es evidente que prácticamente ni la forma republicana ni el sistema federal podrían ser objeto de reforma en nuestro país, puesto que, más allá del texto constitucional, están los pactos citados en el preámbulo y en el artículo 104 de la Constitución Nacional, que obran como determinantes de las fuentes formales del contenido de los instrumentos (v. **Teoría de Estado**, del autor, Valencia, 1963, p. 88 y s.).

Lo cual, en síntesis, quiere decir que, teóricamente, tanto la Constitución Nacional como las constituciones provinciales pueden

revisarse en todo o en parte, aunque prácticamente la revisión total, o del sistema, en su substancia, sea imposible. ] En cambio podría surgir la duda sobre si una constitución provincial podría incorporar a su texto una disposición expresa, prohibiendo la revisión de determinadas normas constitucionales, como lo hace por ejemplo, la constitución de Brasil de 1946, cuyo artículo 217, además de prohibir, la revisión durante el estado de sitio (5º), dispone en el 6º: “No serán admitidos como objeto de deliberación proyectos tendientes a abolir la federación a la República”, es decir, la forma de gobierno, federal y republicana; a exigir un procedimiento especial para la enmienda de determinados artículos o partes de su ley fundamental, como lo hacen las constituciones de Cuba (1940) y de Honduras (1952) y el proyecto de constitución para Guatemala (1965). La primera, en su artículo 286 dice: “En el caso que la reforma sea integral o se contraiga a los artículos 22 (que consagra el principio de la irretroactividad de las leyes, salvo las excepciones que determina el mismo), 23 (sobre inalterabilidad de las obligaciones que nazcan de los contratos u otros actos), 24 (que prohíbe la confiscación de bienes) y 87 de esta constitución (que garantiza la propiedad privada), o a la forma de gobierno, después de cumplirse los requisitos anteriormente señalados, según que la iniciativa proceda del pueblo o del Congreso, se convocará a elecciones para Delegados a una Asamblea Plebiscitaria, que tendrá lugar seis meses después de acordada, la que se limitará exclusivamente a aprobar o rechazar las reformas propuestas”. La segunda, en su artículo 339, dice: “En ningún caso, la reforma de los artículos 4 (“La alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria. La violación de esta norma da derecho a la insurrección popular”), 195 (que establece que el período presidencial será de seis años), 196 (“El ciudadano que haya desempeñado a cualquier título la presidencia de la República, no podrá ser presidente o designado en el período presidencial siguiente”), 199 (que establece la inelegibilidad del presidente que termina para el período subsiguiente) y el presente, podrá realizarse por el procedimiento anterior, quedando la duda si podría serlo por otro. El citado proyecto de 1965 para Guatemala dispone en su artículo 256: “No podrá decretarse la reforma de los artículos 14, inc. 4º (que declara deber y derecho inherente a la ciudadanía: Defender los principios de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la presidencia de la República en

cualquier forma que se hubiere ejercido, como norma invariable en el sistema político del Estado”), 33 (que declara punible “toda actividad en favor de la reelección de la persona que ejerza la presidencia de la República o que en cualquier forma tienda a prolongar el término fijado por la ley para dicho cargo, o a vulnerar el principio de alternabilidad y no reelección para el ejercicio del mismo”), 154, inc. 11 (que atribuye al Congreso “Desconocer al presidente de la República que, habiendo terminado su período constitucional, continúe en el cargo; en tal caso, las fuerzas armadas del país pasarán automáticamente a depender del presidente del Congreso”), 172 (que fija como período presidencial el término improrrogable de cuatro años) y 175 (que prohíbe la reelección del presidente, y declara punible este acto, así como la prolongación en el ejercicio del cargo, por cualquier medio, y nulo el mandato que se pretendiera ejercer ipso jure), ni de ninguno de los que se refieren al principio de no reelección para el ejercicio de la presidencia de la República, si no lo resuelve así el Consejo de Estado y el Congreso de la República en dos períodos distintos y consecutivos de sesiones ordinarias. La Asamblea nacional constituyente en este caso no podrá reunirse para conocer de la reforma de los citados artículos, sino cuando hayan transcurrido seis años, contables desde que se decretó. La reforma entrará en vigor ocho años después de haber sido decretada. Tampoco podrán suspenderse los efectos de tales artículos, ni restárseles en forma alguna su efectividad y vigor”. La citada constitución cubana de 1940, prevee también un procedimiento especial para el supuesto que se tratara de realizar alguna reelección presidencial prohibida constitucionalmente, o que se intentara la continuación en el cargo de algún funcionario por más tiempo de aquél para el que fue elegido. El informe de la comisión que proyectó la reforma de Venezuela en 1961 expresa en la **Exposición de motivos** que se pensó mucho en la posibilidad de hacer estas reservas o prohibiciones, pero que “le pareció peligroso tal camino por la excesiva limitación que presupone” y en lo demás, por innecesario, dadas las tradiciones republicanas (p. 146).

### 3) — Periodicidad de la revisión.

Tampoco puede hacerse la revisión en cualquier tiempo. La regla es que pueda procederse a revisar los instrumentos constitu-

cionales cuantas veces y cuando el pueblo lo quiera. La excepción es que transcurra cierto tiempo entre uno y otro intento de cambio o modificación. Tratándose de la revisión total, es sabido que la Constitución de 1853 disponía en el citado artículo 30 que la Constitución podía reformarse “pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos”. Esta cláusula suprimiéndose definitivamente en 1860, y lo había sido ya prácticamente al admitir la revisión de dicha Constitución, para lograr la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, en virtud del pacto del 11 de noviembre de 1859. Otra cosa es que la revisión deba verificarse obligatoriamente dentro de cierto tiempo (5 ó 10 años)<sup>(1)</sup>.

Las constituciones provinciales argentinas se dividen a este respecto en dos grupos: 1º el de las que establecen un período de irrevisibilidad, total o parcial; y 2º) el de las que no fijan término, ni para una ni para otra clase de revisión. Pertenecen al primero las de Córdoba (1923), cuyo artículo 172 dispone: “Esta constitución no podrá ser reformada antes de 10 años”; Tucumán (1947), cuyo artículo 147 dispone: “Esta Constitución no puede reformarse sino después de seis años desde su promulgación”; Salta (1929), cuyo artículo 193 admite la revisión, “Pasados diez años desde la fecha de su promulgación”; y la Constitución de San Luis (1962), dispone en su artículo 162: “Ninguna reforma podrá hacerse antes de ocho años de la última modificación constitucional, salvo el caso en que fuera reformada la Constitución Nacional”.

No hay que confundir esta exigencia de tiempo con la que algunas constituciones provinciales exigen para reproducir una iniciativa de revisión rechazada o frustrada. Así, las de Entre Ríos (1933), en su artículo 219 dispone que, si la convención declarare que no existe necesidad o conveniencia para una reforma, declarada por ley, “la legislatura no podrá insistir, dictando una nueva ley, mientras no haya transcurrido por lo menos dos períodos legislativos, sin contar el que corresponde a la ley de la reforma”; La Rioja (1933) prescribe en su artículo 151 que cuando el proyecto de reforma no cuente con el voto de los dos tercios de los miembros de la legislatura, “no podrá volverse a tratar el asunto hasta el

(1) En los Estados Unidos de Norte América, dice el Dr. Bruce B. Mason, Director del Bureau of Government Research del Estado de Arizona, algunos grupos sugieren que la revisión debería realizarse cada dos años (*Recent trends in State constitutional revision*, de Albert L. Sturm, Tempe, Arizona, 1965, *Prefacio*, p. 2)

período (legislativo) del año siguiente”; Santiago del Estero (1939) en su artículo 160 dispone que, cuando la convención considere innecesaria o inconveniente la reforma, “la legislatura no podrá insistir, dictando una ley de reforma, mientras no hayan transcurrido por lo menos dos períodos legislativos consecutivos, sin contar el que correspondiera a la ley de la reforma”; Chaco (1957), cuyo artículo 202 dispone que “reformas o enmiendas de esta naturaleza (de un solo artículo) no podrán llevarse a cabo sino con intervalo de dos años por lo menos”; Mendoza (1916), cuyo artículo 224 dispone que “las reformas de la Constitución a que se refiere el artículo anterior (de un solo artículo), no podrán votarse por la legislatura, sino con un intervalo de un año, por lo menos”; Chubut (1956) en su artículo 249 prescribe que la reforma de hasta dos artículos, “no podrá votarse por la legislatura, sino con un intervalo de dos años por lo menos”; Misiones (1958), como la de Chaco, en su artículo 178, dice que la reforma de un artículo, no podrá llevarse a cabo sino con un intervalo de dos años”; Catamarca (1966), dispone en su artículo 285 que, cuando la convención considere innecesaria la reforma propuesta, la legislatura no podrá insistir, dictando una nueva ley de reforma, mientras no haya transcurrido por lo menos un período legislativo, sin contar el que corresponda a la ley de reforma.

#### 4) — Órgano que debe llevar a cabo la revisión.

La regla es que la legislatura que declara la necesidad de la reforma, no puede llevarla a cabo, total ni parcialmente, sino que esta tarea, la constituyente propiamente dicha, debe ser realizada por una convención *ad hoc*, o sea, especialmente elegida a ese fin, que la mayoría de las constituciones provinciales dice que debe ser elegida directamente por el pueblo. No podría hacerlo una convención elegida de otro modo, o por un cuerpo distinto, el Legislativo, por ejemplo, so pena de nulidad, por lo menos en aquellas provincias en que el texto constitucional así lo exige<sup>(2)</sup>. La de Buenos Aires, por ejemplo, no lo hace: su artículo 194 dispone que la elección de los convencionales se hará “en la misma forma y

(2) Esta es la causa que invalidaba las enmiendas constitucionales producidas en Provincias en 1949, por el órgano de las legislaturas locales, convertidas en constituyentes o reformadoras, en virtud de la innecesaria e invasora “autorización” contenida en la quinta cláusula transitoria de la Constitución Nacional, accionada en dicho año.

por los mismos medios que la de diputados y senadores" (art. 194), y el artículo 55 dispone que el poder legislativo "será ejercido por dos cámaras, una de diputados y otra de senadores, elegidos **directamente** por ciudadanos argentinos, con arreglo a las prescripciones de esta constitución y a la ley de la materia", por lo que no creemos que pudieran ser elegidos de otro modo. Pero la innovación principal de esta constitución es la que veremos luego.

Excepcionalmente, para la revisión **parcial** de uno, dos o más artículos, simples enmiendas que "no alteren el espíritu de la constitución" (sic), como dice la constitución de Neuquén (1957), la legislatura puede declarar la necesidad de la enmienda y **sancionarla**, emplean este verbo la misma constitución y las de Mendoza, en su artículo 223, que habla también de "la ley que sancione la enmienda"; Chaco (art. 202), Chubut (art. 249, que también la llama "ley de reforma") y Misiones (art. 178), sometiéndola para su aprobación definitiva a un referendun del electorado provincial. La enmienda aprobada por el pueblo queda automáticamente incorporada al instrumento constitucional (Misiones, art. cit.; pero, para que el referendun sea válido, se requiere que los votos emitidos hayan superado al 50% de los electores **inscritos**, art. 179); lo mismo que Chaco, art. cit., y s., respectivamente; no diciendo nada, sobre el particular, Neuquén; Chubut en el artículo 249 dice: "Si la mayoría votase a favor de la reforma, la enmienda quedará aprobada (sanción) y el Poder Ejecutivo deberá promulgarla, quedando incorporada al texto de la constitución"; la de Buenos Aires dice que "el voto será expresado en pro o en contra de la enmienda y su resultado será comunicado por la Junta electoral al Poder Ejecutivo y a la Legislatura, para su cumplimiento", inc. b) artículo 192, dejando abierta la puerta para la discusión sobre si debe seguir el trámite de los proyectos de ley aprobados, es decir, ser promulgado y publicado, o incorporado, sin más, al instrumento constitucional).

Pero el sistema adoptado por la Constitución bonaerense es más complicado y se aparta mucho del vigente en el resto de las provincias. De acuerdo a los artículos 192 y ss., de la Constitución de Buenos Aires, en efecto, el proyecto de reforma se tramita en la forma establecida para la sanción de las leyes ordinarias, debiendo contar con el voto de los  $\frac{2}{3}$  del total de los miembros de ambas Cámaras (¿de cada Cámara o de ambas, en conjunto?..), y esta

"ley" debe indicar, según el inciso a) del artículo 192, si la reforma será total o parcial (en cuyo caso, deberá indicar "las pases o artículos que serán (debió decir, **podrán ser**) reformados"; "La misma ley —dice el inciso b)— establecerá si ha de convocarse o no a una convención reformadora. En este último caso, la ley contendrá la enmienda proyectada, y ésta será sometida a "plebiscito" en la primera elección que se realice. El voto será expresado en pro o en contra, etc.

En la Provincia de Buenos Aires hay, pues, dos sistemas posibles de revisión, sea ésta **total** o **parcial**: el que sigue el resto de las provincias, y el del llamado "plebiscito", que técnicamente no es tal sino más bien un referendun decisorio, legislativo y obligatorio, elegida dicha vía, puesto que en ese caso el electorado bonaerense colabora en forma decisiva en la tarea constituyente, aprobando o rechazando en las urnas, a su propia opción, un acto realizado por el legislativo, en el mismo carácter (v. **Teoría del Estado**, del autor, p. 239 y ss.)<sup>(3)</sup>.

#### 5) — Iniciativa de revisión constitucional - Formalidades especiales para su aprobación.

Salvo una excepción, las constituciones locales como la nacional, distribuyen el derecho de promover la revisión constitucional a los miembros del poder legislativo o al ejecutivo, como las demás leyes ordinarias, talvez sin reparar que no se trata de una "ley" propiamente dicho. La declaración sobre la necesidad de la reforma no es una ley **propia**, sino **impropia** o **formal**: tiene

(3) Según el órgano encargado de la revisión, las constituciones solían clasificarse antiguamente en *flexibles* y *rigidas*, según que pudiera efectuarla, por el procedimiento ordinario para la formación de las leyes ordinarias, el mismo poder legislativo, o que hubiera de hacerla una convención "ad hoc". Suele decirse, afirmaba el profesor Nicolás Pérez Serrano, en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, que el sistema de las convenciones es de origen francés, como lo sostenía Sieyès. En contra, Lafayette (*El poder constituyente*, Madrid, 1947, p. 15 y ss.). La división no es ya bipartita: la revisión, en efecto, puede ser realizada ora por el poder legislativo, con o sin el concurso del electorado, ora por medio de convenciones "ad hoc", que es el sistema más usado en los Estados Unidos de Norte América, donde se han reunido más de 200 convenciones de esta clase, ora por *comisiones constitucionales*, que, según el profesor Sturm son cuerpos extraconstitucionales, ramas del poder legislativo o simplemente, asesores, que realizan una función o tarea preparatoria, que requiere la aprobación de ese poder y/o del electorado (*ob. cit.*, p. 12). En la década del 50 la mayor parte de los Estados americanos establecieron esta clase de organismos técnicos o emplearon los cuerpos legislativos asesores, para asesorar a las legislaturas o a las convenciones. Durante los últimos cinco años, una tercera parte de los Estados usaron este sistema extraconstitucional, con excelentes resultados.

el trámite de una ley ordinaria, pero carece de contenido normativo (para la diferencia, consultar *Teoría del Estado*, cit., p. 75 y ss.). Por ello, con muy buen criterio, muchas constituciones disponen que esta "ley" no está sometida al veto del Poder Ejecutivo (véase el art. 7). Como hemos dicho, fuera de la constitución de La Rioja, cuyo artículo 151 requiere para promover la declaración consiguiente que se haga "por un proyecto firmado por cinco diputados o por iniciativa del Poder Ejecutivo", las demás constituciones provinciales no disponen nada sobre el particular. Habrá que estar, pues, a lo que disponga la constitución acerca de la iniciativa de las leyes ordinarias.

En cambio, teniendo en cuenta la importancia que tiene el acto a realizar, todas ellas establecen una mayoría especial para su aprobación y otras formalidades, de que nos ocuparemos en los párrafos sucesivos. La mayoría requerida es generalmente la de los dos tercios de la totalidad de los miembros del órgano legislativo. Así lo hacen las de Buenos Aires (art. 192), Entre Ríos (art. 217), Salta (art. 193), Santiago del Estero (art. 158), Tucumán (art. 143), Formosa (art. 87), Río Negro (art. 185), Santa Cruz (art. 153), Chubut (art. 244), Misiones (art. 172), La Pampa (art. 117), Corrientes (art. 177), Catamarca (art. 282) y San Luis (art. 172). La constitución del Chaco requiere el voto de las tres cuartas partes de los miembros de la Cámara (art. 199), y, si el proyecto de declaración no contara con esta proporción de votos, "será sometida al pueblo de la Provincia para que se pronuncie en pro o en contra de la misma en la primera elección general que se realice" (art. 201). En este supuesto, si la mayoría de los electores (no de los sufragantes), votare afirmativamente, el Poder Ejecutivo convocará a elecciones, de convencionales (id.). No es muy clara tampoco acerca de si se aplicará a este referendun el requisito de validez del artículo 203 a que ya nos referimos antes, establecido para el caso de enmiendas de un sólo artículo. Nos inclinamos por la negativa, en virtud de la distinta naturaleza de la consulta popular (plebiscito, en aquélla y referendun, en ésta). La constitución de Neuquén, en su artículo 296 no establece una mayoría determinada, sino que expresa que "la legislatura determinará por ley la necesidad de la reforma, conforme a sus atribuciones"<sup>(4)</sup>.

Los textos vigentes en algunas provincias dejan todavía planteada una cuestión acerca de la mayoría requerida para aprobar las iniciativas de reforma de esta clase: la de San Juan (art. 30) dice que debe ser aprobada con el voto de las dos terceras partes "de sus miembros", que es la expresión de la constitución nacional (art. 30), que dio lugar a la discusión promovida a la caída de la dictadura sobre la mayoría que había aprobado la reforma de la constitución federal en 1949 (de los presentes en la sesión respectiva, y no de la totalidad); las de Jujuy y Santa Fe dicen de "los miembros", y, aunque es lógico suponer que el constituyente refirióse al decir así a la totalidad, puede surgir la duda, como en 1957. Además, el artículo 172 de la constitución de Córdoba habla de "la Asamblea Legislativa", y de "las dos terceras partes, al menos, de los miembros de la Cámara", pudiendo dar lugar a la creencia que la aprobación de la declaración debe ser hecha por ambas cámaras legislativas en asamblea, pero esta cuestión proviene de no haberse ajustado el texto del primero de ellos de la constitución anterior (de 1883) que llamaba "asamblea" a ambas cámaras, pero que no debe confundirse con la reunión conjunta de ambas ramas del poder legislativo, que ordinariamente se llama así; podría preguntarse si la mayoría requerida para aprobar las iniciativas debe computarse separadamente, en cada cámara, o no. Las constituciones de Buenos Aires, Corrientes, Entre Ríos y Mendoza, lo disponen así expresamente, no así las demás constituciones, pero es obvio que así se considera en todas ellas.

Excepcionalmente la constitución de la Provincia de Mendoza, requiere que la declaración de la legislatura, tanto para la reforma total cuanto para la parcial, "se someterá al pueblo para que, en la primera elección de diputados, se vote en todas las secciones electorales en pro o en contra de la convocatoria de una convención constituyente" (art. 221). Este es un verdadero plebiscito, porque la declaración —como se verá especialmente en el párrafo 7— no es un acto legislativo propiamente dicho, o una ley en sentido propio, a diferencia del caso contemplado en el artículo 223, de enmienda de un solo artículo, en el que la legislatura sanciona la enmienda y el electorado la aprueba en definitiva, en un acto de verdadero referendun legislativo. En el caso previsto por el artículo 221 no hay una norma aprobada por la legislatura, es decir, un acto legislativo sujeto a ulterior aprobación del electorado, sino una proposición para reunir o no una convención.

(4) Concuerda con el artículo 101, inciso 1º y 24. Como una excepción este último dispone que compete a la legislatura convocar a la convención encargada de llevar a cabo la revisión. Corrientes y Catamarca.

6)—Especificaciones de la declaración o “ley” declarando necesaria una revisión constitucional.

La Constitución Nacional no establece otro requisito que la mayoría especial de votos como hemos visto en el párrafo 5, pero ha sido práctica o costumbre constitucional establecer los puntos sobre que puede versar la revisión. Consideramos prudente y muy conveniente hacerlo, porque ello delimita las atribuciones de la convención “ad hoc”, evitando problemas que ya se han presentado por no haberse hecho, y aun, habiéndose hecho.

Varían los textos vigentes en provincia sobre este particular. La mayoría de ellos, como es natural, prescribe que, cuando la revisión es parcial, la declaración de la necesidad de la revisión debe indicar las partes, los artículos o materia que podrán ser reformados. Así lo hacen las constituciones de Buenos Aires, Córdoba (que dice: “deberán designar con precisión el punto o puntos que han de ser materia de ella (la reforma)”, artículo 173); Entre Ríos; Jujuy (que agrega lo mismo que la de Córdoba “con precisión”); Santiago del Estero; Tucumán, Santa Cruz, Formosa, Neuquén, Chubut, Chaco, La Pampa, Corrientes, Santa Fe y Catamarca. Solamente cuatro constituciones vigentes, siguiendo a la nacional, no establecen este requisito: las de Mendoza, Salta, San Juan y Misiones, lo que ha producido ya discusiones sobre las facultades de la Convención, de las que nos ocuparemos en el párrafo 24 de esta Parte I.

Expresamente disponen que la convención no podrá comprender otros puntos que los previstos en la declaración, las de Entre Ríos (art. 217), La Rioja (art. 153), Santiago del Estero (art. 158), Tucumán (art. 144), Formosa (art. 87), Chaco (art. 200), Neuquén (art. 297), La Pampa (art. 118), Corrientes (art. 178), Santa Fe (art. 115) y Catamarca (art. 284), pero ninguna de éstas constituciones establece cuál sería la sanción o efecto jurídico de la violación de esta norma. Sobre el particular volveremos en el citado párrafo 24. No dicen nada sobre este punto las constituciones de Buenos Aires, Córdoba, Jujuy, Chubut, Misiones y como es lógico, las cuatro (Mendoza, Salta, San Juan y Misiones), que no requieren la determinación de los puntos a reformar, como es obvio, pero es de notar que estas constituciones no disponen tampoco que la convención puede no reformar ninguna

parte de la misma si no lo considera necesario o conveniente. El silencio, en uno como en otro caso, no puede interpretarse como que la convención puede hacer o dejar de hacer lo que le plazca, a su arbitrio (v. párrafo).

Las nuevas constituciones, y aún algunas antiguas, prescriben otros requisitos que debe llenar la declaración o “ley” de reforma: la de Buenos Aires dispone que la misma, en caso de convocarse a una convención reformadora, expresará “la forma de su funcionamiento y el plazo dentro del cual deberá dar término a su cometido” (art. 193). No sabemos a qué aspectos del funcionamiento de la convención se refiere esta disposición. Es muy controvertible. Volveremos sobre este punto en párrafo 8. Las demás, con excepción de las de Chubut, Misiones, Corrientes, Santa Fe y Catamarca, nada agregan al requisito básico antes considerado (determinación de los puntos a reformar). La primera de ellas dispone en su artículo 245 que aquélla determinará el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo deberá convocar a elecciones de convencionales. En igual sentido, el artículo 173 de la constitución de Misiones. La de Corrientes, en su artículo 128 dispone que la declaración determinará, en todos los casos, es decir, tanto en el caso de reforma cuanto en el de simples enmiendas: “a) fecha y modo como debe constituir la convención y el quórum necesario; b) plazo dentro del cual debe dar término a su cometido; c) partidas asignadas para su desenvolvimiento, así como el local donde funcionará; y d) las incompatibilidades con el cargo de convencional”. La de Santa Fe, siguiendo a la de Buenos Aires, antes citada, dice en su artículo 115: “La ley especial que declare la necesidad de la reforma debe determinar, asimismo, las bases fundamentales de la elección, instalación y término de la Convención reformadora”, sin que sea fácil determinar qué facultades o poderes implica esta atribución. “Queda reservada a ésta —agrega el artículo 115— todo lo concerniente a su reglamento interno”. Entendemos por tales bases: a) la fecha o la época y el modo de elegir a sus miembros (ya que el mismo artículo establece su número y la elección directa de los mismos por el pueblo; b) cuándo se instalará, donde (sede) y cómo (quórum, facultades para reunirse, etc.); y c) el término dentro del cual podrá expedirse legalmente, a que refiere el mismo artículo. Por “lo concerniente a su régimen interno”, su reglamento, su presupuesto, el nombramiento de su personal. Finalmente, la de Catamarca, en su artículo 282

dice: "La ley deberá determinar además (de los puntos a reformar: 1º) la fecha en que la convención comenzará sus tareas; 2º) la forma de dar publicidad a la reforma o enmiendas que se declaren necesarias; y 3º) el término dentro del cual aquélla cumplirá sus funciones".

Nos hemos referido a los puntos que obligatoriamente, según estas constituciones, debe establecer la sanción legislativa, no los que, además de ellos, pueden y deben ser muchos más, como se verá a continuación.

#### 7) — Naturaleza jurídica de la declaración de la necesidad de una reforma total o parcial quid de su vetabilidad.

Como ya anticipamos en el párrafo 5, aunque generalmente se denomine y se crea que la declaración de necesidad de una revisión constitucional es una "ley", en rigor carece de la naturaleza de ley propiamente dicha: no es más que un acto político, encomendado a la representación popular, destinado a poner en movimiento el acto revisionista, sometido además, en algunas provincias, a la aprobación o ratificación del electorado. El origen del error proviene de que algunas constituciones, especialmente las antiguas, la denominan "ley". Así lo hacen las constituciones de Buenos Aires (que en la primera parte del inciso a) del artículo 192 se refiere, con más precisión, que "el proyecto de reforma será tramitado en la forma establecida para la sanción de las leyes"), Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Santiago del Estero, Tucumán y Catamarca, cuyo artículo 282 emplea el término, desechando la denominación aconsejada por el autor, en su calidad de asesor jurídico del bloque de la mayoría (v. art. 287 de nuestro anteproyecto). La denominan "ley especial", las constituciones de Formosa, Neuquén, Chubut, La Pampa, San Luis y Santa Fe. En cambio, las de Córdoba, Santa Cruz y Río Negro omiten calificar el acto de la legislatura; Salta habla de su artículo 197 de "sanción legislativa", que es más apropiado que decir "ley" o "ley especial", y las del Chaco y Corrientes emplean el término adecuado, que es "declaración" (arts. 199 y 178, respectivamente), agregando el primero de ellos "sin otra formalidad ulterior"<sup>(5)</sup>, lo

que denota que no se trata de una ley propiamente dicha. La de Misiones no emplea, como las dos anteriores, el término exacto, pero tampoco usa el de "ley" y, al establecer en su artículo 173 que el Poder Ejecutivo, sancionada la declaración de la necesidad, convocará a elecciones, "sin formalidad ulterior", se coloca en la buena doctrina.

La predeterminación de la naturaleza de la declaración legislativa no es una cuestión bizantina. Tiene su importancia jurídica, y muy grande, pues, si es una ley propiamente dicha y la constitución no estableciera otra cosa, podría ser vetada por el ejecutivo como las demás leyes; en cambio, si no es ley, sino una declaración política, por su propia naturaleza, escapará a la posible observación del ejecutivo, que es una atribución que se refiere a las leyes ordinarias. No se concibe que el ejecutivo, en su calidad de colegislador, pueda oponerse a una declaración de esta clase. La posibilidad práctica de que lo haga pierde importancia en aquellos regímenes positivos en que la declaración legislativa, llámese "ley" o "ley especial", debe contar con una mayoría de las  $\frac{2}{3}$  o de las  $\frac{3}{4}$  partes de los votos de los miembros de la legislatura, pues, en tales casos, aunque el Poder Ejecutivo vete la declaración o "ley", la legislatura contará con la misma mayoría especial para insistir en su sanción.

Hemos sostenido esta misma tesis en lo que atañe a las llamadas "leyes" de intervención a los municipios, no habiendo prosperado una declaración sobre el particular, en dicho sentido, en el Segundo Congreso Nacional de Municipios, reunido en Resistencia, en 1965, debido a la fuerte oposición de los representantes partidarios que se habían congregado en dicha ciudad, movidos por un grupo de delegados que tenía una cuestión partidaria pendiente en la Provincia de Corrientes. El precedente no puede considerarse como bueno, porque no está sustentado por la buena doctrina y, en cambio, se inspira en conveniencias locales, de circunstancias.

Felizmente, esta última se abre camino. La constitución de Mendoza a pesar de emplear una denominación impropia, expresamente dispone que las "leyes" o declaraciones de esta clase no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo (art. 220). No dicen nada al respecto las de Buenos Aires, Córdoba, Salta, Santa Cruz, Formosa, Río Negro, Neuquén, Chaco, Misiones, San Luis, Co-

(5) Es decir, las demás formalidades que deben cumplir las leyes ordinarias, a saber, promulgación, publicación, etc.

rrientes y Catamarca, y lo admiten, al establecer una mayoría para insistir por parte de la legislatura, las de Entre Ríos, Santiago del Estero, Chubut y Santa Fe, y las de Jujuy y Tucumán, requiriendo las primeras las  $\frac{2}{3}$  partes de los votos y las dos últimas, las  $\frac{3}{4}$  partes. Consideramos, por las razones que antecede, que la declaración legislativa no podría ser vetada en las Provincias de Salta, Chaco, Corrientes, Misiones, y por supuesto, en la de Mendoza, que expresamente lo dispone así.

#### 8)—Publicidad de la declaración de la necesidad de la revisión.

Dada la importancia que tiene el conocimiento y la difusión de los puntos o la materia que será objeto de revisión, a los fines de la elección de quienes deben llevarla a cabo, algunas constituciones establecen que, una vez aprobada la declaración de la misma ella será publicada en los principales diarios de la Provincia durante cierto tiempo, antes de la elección. “Designados por las Cámaras los puntos en que debe versar la reforma y antes de convocarse al pueblo para la elección de los diputados que han de verificarla, —dice la de Córdoba, en su artículo 174— dichos puntos se publicarán por el espacio de un mes, por lo menos, en los principales diarios de la Provincia”. Lo mismo hacen, por el mismo tiempo, las de Jujuy (art. 161) y Santa Cruz (art. 155). Las de San Luis y Tucumán señalan el término de dos meses (arts. 164 y 145). La de Catamarca, en cambio, no determina plazo de publicidad, dejando a la “ley” de declaración la obligación de determinar “la forma de dar publicidad a la reforma o enmiendas que se declaren necesarias” (art. 282, inciso 2º). Ninguna de estas constituciones señalan cual sería el efecto jurídico de la omisión de esta formalidad (v. el párrafo de la Parte II).

#### 9)—Llamado de elección de constituyentes y realización de la misma. - Plazo para convocar y para elegir convencionales.

Distintos sistemas siguen las constituciones vigentes para proceder a la elección de los diputados que han de llevar a cabo la revisión constitucional, tanto para convocar cuanto para realizarla. La mayoría, que siguen en este aspecto a la Constitución Nacional, nada disponen al respecto<sup>(6)</sup>. En cambio, la de Salta en su artículo

(6) Así lo hacen las de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago, Tucumán, Santa Cruz, Río Negro, Formosa, Chubut, Neuquén, Corrientes y Catamarca.

194 dispone que “El Poder Ejecutivo dando sesenta días de plazo, como mínimo (a partir de la publicación de la ley, a que refiere el párrafo anterior), convocará a elecciones” y que éstas “se realizarán conjuntamente con la de la inmediata siguiente renovación de la Legislatura, pero quedará diferida hasta la subsiguiente renovación de legisladores si la necesidad de la reforma fuera declarada y publicada, faltando menos de dos meses para la fecha legal de los comicios”.

Las constituciones de Chubut, Misiones y Santa Fe lo dejan a la determinación de la Legislatura, pues, las dos primeras, en sus artículos 245 y 173, respectivamente, disponen que el Poder Ejecutivo convocará a elecciones en el plazo que la “ley” que declara necesaria la reforma fije, y la última, dispone que la misma “ley” especial debe determinar entre otras cosas, “las bases fundamentales” de la elección de la convención, entre las que contamos las fechas de su elección e instalación.

#### 10)—Fecha para la realización de la consulta popular en los casos que ésta es requerida.

En cambio, las constituciones que admiten la revisión constitucional de uno o más artículos, establecen plazo para la consulta popular (plebiscito y/o referendum). Así, las de Buenos Aires, Chaco y Misiones disponen en sus artículos 192, inciso b), 102 y 178, respectivamente, que se verificará en la primera elección que se realice, sin especificar de qué clase. La de Mendoza dispone que se verificará en la próxima elección de diputados (art. 223).

#### 11)—Forma de la elección.

A este respecto las constituciones vigentes pueden dividirse en tres grupos: [forman el primero aquellas constituciones que nada disponen al respecto] (p. ej., Buenos Aires, San Juan, La Pampa, La Rioja); [el segundo, las que establecen que deben ser elegidos del mismo modo que los legisladores provinciales] (Buenos Aires, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Salta, Santiago del Estero, Tucumán, Santa Cruz, Neuquén, San Luis); y el tercero, el de [las constituciones que dicen que deben ser elegidos directamente por el pueblo] (como las de Tucumán y Corrientes), considerada

la Provincia como distrito único (como las de Chubut y Catamarca), y por el sistema de representación popular (como agregan las de Catamarca, Chaco, Río Negro y Misiones). La primera de estas últimas agrega “que fije la ley” (art. 288), admitiendo que la representación proporcional es un principio que puede ser aplicado de diferentes maneras o sistemas.

#### 12)—Número de miembros de las convenciones reformadoras.

Generalmente, las constituciones provinciales establecen que la convención se compondrá del mismo número de miembros de la legislatura, así cuando ésta es unicameral como cuando ella es bicameral. La Constitución Nacional nada dice sobre el particular. Tampoco lo hace la constitución de La Rioja. Las constituciones de Santiago del Estero y de San Luis, disponen que la integren un número igual al doble de los diputados. Ambas Provincias tienen una sola Cámara.

#### 13)—Calidades de los convencionales.

La regla es que deben reunir las mismas calidades que los legisladores, o diputados (Buenos Aires, Jujuy, Mendoza, Salta Fe, Formosa, Río Negro, Chubut, Chaco, La Pampa, Misiones, Corrientes, Catamarca). No dice nada sobre las mismas las de Córdoba, Santa Cruz y La Rioja. La de Santiago del Estero requiere condiciones especiales o mejor, diferentes: ser argentino, con ciudadanía natural en ejercicio o legal, después de diez años de obtenida, y veinticinco años de edad (art. 161). Debe observarse que son las mismas que se requieren para ser diputado (art. 52), menos la residencia inmediata de cinco años en la Provincia, cuando no se es nativo de ella. La de Entre Ríos exige igualmente condiciones: veinticinco años, en lugar de veintidós, y no residencia inmediata. La constitución de Tucumán dispone que la ley determinará las calidades que deben tener los convencionales (art. 146)<sup>(7)</sup>.

(7) Sin duda alguna, se requieren distintas condiciones para llevar a cabo una reforma total que una parcial, limitada a unos pocos artículos.

#### 14)—Incompatibilidades para ser convencional.

Fuera o con excepción de las constituciones de Santa Cruz, Formosa, Río Negro, La Rioja, San Luis, Córdoba, Neuquén, Chaco, Tucumán y San Juan, que no dicen nada sobre el particular, de las restantes constituciones provinciales, podemos hacer dos grupos: 1º) el de las que dejan librado el punto a la ley (Buenos Aires, art. 194, y Corrientes, art. 178, d); y 2º) el de las que declaran que el cargo de convencional sin excepciones no es incompatible con ningún otro cargo nacional, provincial y/o municipal (como las de Jujuy, Salta, Catamarca, con la particularidad que, si el candidato a convencional fuere el gobernador, vice, magistrado del poder judicial, ministro, jefe de policía o intendente municipal, no le será permitido desarrollar actividad proselitista alguna”, conforme al mismo artículo 286), y Santa Fe, o con excepciones, como lo hacen las constituciones de Mendoza, que excluye al gobernador (art. 225); Entre Ríos y Chubut (al gobernador, vice, ministros, presidentes de municipalidades y jefes de policía), Santiago del Estero (el gobernador, ministros, intendentes municipales y jefes de policía), La Palma (a los mismos, más los magistrados judiciales) y Misiones (al gobernador, vice, jefes de policía y del departamento ejecutivo municipal). Además, la constitución de Mendoza dispone en su artículo 225 que: “No podrán ser convencionales más de diez ciudadanos naturalizados, y, en caso de ser electo mayor número se eliminarán por sorteo, que deberá efectuar la Junta Electoral”.

¿Debe entenderse que, cuando la constitución no establece incompatibilidades expresas, como lo hacen las mencionadas en primer término, la ley puede establecerlas?; y, en caso de que lo haga, como en las constituciones mencionadas en último término, ¿podrían establecerse otras, fuera de las establecidas por la constitución?...

#### 15)—Renunciabilidad del cargo de convencional.

Con excepción de la constitución de Santiago del Estero, ninguna de las demás constituciones vigentes ni la Constitución Nacional contempla el punto. La citada constitución santiagueña dice en su artículo 163: “El cargo de convencional es irrenunciable,

y el que sin causa justificada no se incorporase o faltare a sus sesiones, incurrirá en multa de quinientos pesos moneda nacional con destino al fondo escolar”.

¿Podría establecerla la ley de convocatoria?...

#### 16)—Inmunidades de los convencionales.

La mayoría de las constituciones provinciales en vigencia disponen que los convencionales tendrán las mismas inmunidades de los legisladores o diputados provinciales. Por excepción, la de Salta dice en su artículo 195 que “mientras dure el desempeño de su mandato, gozarán de las mismas inmunidades y prerrogativas que los miembros del Poder Ejecutivo”. No sabemos a qué inmunidades y privilegios de este poder se refiere. Las constituciones de Buenos Aires y Neuquén no establecen ninguna inmunidad para los convencionales.

#### 17)—Remuneración de los convencionales.

Este es un punto legislado de diferente manera en las constituciones vigentes y que, a nuestro juicio, reviste particular importancia por su influencia sobre la duración de la labor de la convención, cuando la misma constitución o la ley respectiva no la establecen.

Las constituciones de Entre Ríos y Santa Fe disponen al respecto que los convencionales gozarán de la misma remuneración que los legisladores (arts. 221 “in fine” y 114, respectivamente) y la de Catamarca que las dietas de los convencionales serán fijadas en la “ley” declaratoria de la necesidad de la reforma (art. 287), lo mismo que la constitución de Corrientes, que agrega que, si la legislatura no hace uso de la atribución que el artículo 178, inciso c) le confiere para establecer las partidas para su desenvolvimiento (entre las que incluimos las dietas), la convención tendrá la facultad necesaria para llenar la omisión (art. 179). Las demás constituciones no preveen el punto, lo cual ha dado lugar a graves abusos y dificultades.

#### 18)—Fecha de reunión de los convencionales. - Instalación de la convención reformadora.

Pocas son las constituciones vigentes que establecen cuando deberán reunirse los miembros electos de una convención de esta clase. La de Salta dispone en su artículo 196 que la convención se reunirá “dos meses después de la elección”, no pudiendo concluirse sin dar lugar a dudas que deba hacerlo el mismo día en que se cumple este plazo, o después de cumplido el mismo<sup>(8)</sup>. La de Santa Fe dispone que la “ley” de convocatoria determinará la fecha de la instalación de la convención, empleando un lenguaje también dudoso (“las bases fundamentales de la instalación, etc.”). La de Entre Ríos dice que ésta debe producirse “dentro de los 90 días de la elección de los convencionales” (art. 223). La de Salta toma también este punto de partida, disponiendo en su artículo 197, como ya dijimos, que la convención se reunirá “dos meses después de la elección” de sus miembros. La elección es un dato más cierto que la “instalación”, que emplean otras constituciones, a otro fin (v. párrafo 23). La constitución de Mendoza establece en su artículo 222: “La convención se reunirá diez días después que la Junta Electoral de la provincia haya practicado el escrutinio y otorgado el diploma provisorio a los convencionales electos, a fin de pronunciar el juicio definitivo sobre las elecciones”. Es decir, que adopta un lenguaje que se presta a discusión, como es el término “después”. Ahora bien, el objeto que asigna a esta primera reunión (“pronunciar el juicio definitivo sobre las elecciones”), demuestra que el plazo para reunirse no podría exceder de diez días del hecho que toma como punto de partida. La constitución del Chaco, en su artículo 200 dispone: “La convención constituyente se reunirá dentro de los treinta días de la proclamación de los convencionales electos, y una vez constituida, procederá a llenar su cometido”. Es claro que este término de treinta días tiene un comienzo y una expiración bien determinados, si bien el agregado final de este artículo permite interpretar que la convención debe reunirse dentro de este plazo, no así que debe instalarse, o constituirse para proceder a llenar el objeto de su misión. Con todos estos sistemas son preferibles, pese a las dudas o incertidumbres a que pueden dar lugar, al que siguen las demás cons-

(8) “Después” de cumplido este plazo, no tiene límite de tiempo.

tituciones vigentes que no disponen nada sobre el particular en una u otra forma, defectuosa o no. En este caso, entendemos que puede y debe hacerlo la declaración, o "ley", respectiva. Queda siempre pendiente el problema de cuál sería la sanción, o efecto jurídico, si la convención no se reuniera dentro del plazo establecido por la constitución o por la "ley", si así lo hacen. La constitución de Río Negro, que sigue el sistema de la del Chaco (fijando treinta días para que la convención se reúna, contados desde la proclamación de los electos), agrega en su artículo 189: "Debiendo llenar su cometido en un plazo de 180 días a partir de la fecha de la primera reunión", que puede ser la de la instalación o la de la constitución, definitiva o provisoria, del cuerpo constituyente reformador. La de Chubut, que sigue el mismo sistema que la anterior, en su artículo 247 (fijando treinta días, contados desde la proclamación de los electos), no es tan precisa como ella, puesto que agrega: "...y se expedirá dentro de los 120 días de su instalación, etc.". El mismo sistema y punto de partida adopta la constitución de La Pampa (art. 118), señalando como plazo para reunirse "treinta días de la proclamación de los convencionales electos". No habla de "reunión" ni de "instalación", ni tampoco del tiempo en que debe dar término a sus funciones (v. párrafo 23). No dicen nada sobre plazo para reunirse las constituciones de Buenos Aires, Córdoba, La Rioja, San Juan, Santiago del Estero, Tucumán, Santa Cruz y Formosa, planteando el interrogante sobre si puede hacerlo la "ley" que la convoca.

El silencio de los textos vigentes deja pendientes otras delicadas cuestiones, a saber: ¿qué se entiende por **instalación** de la convención?; ¿qué se entiende por **constitución** de la misma?, etc. ¿Son estas cuestiones que puede o debe resolver la "ley" respectiva o el reglamento de la misma convención?...

#### 19)—Actos constitutivos. - Quid de la naturaleza de la instalación y constitución provisoria y definitiva del cuerpo reformador.

Si bien de la definición que hemos dado al comienzo de este cursillo acerca de lo que debe entenderse por "actos preparatorios", la instalación, o reunión primera, y en sesiones preparatorias parecieran encuadrar más bien entre dichos actos que entre los actos constitutivos propiamente dichos. La importancia y trascendencia

que tienen los mismos, los sitúan entre los actos de constitución, o actos constitutivos, cuya definición dimos también en aquella oportunidad. Contamos entre ellos a la reunión de los electos; a la elección de la mesa directiva provisoria; a la designación de las comisiones de poderes y de reglamento; a la redacción de éste; a la elección de la mesa directiva definitiva y aprobación de los diplomas de los electos, como juez de la validez de sus títulos, o de su elección; y especialmente, a la fijación del término dentro del cual deberá llevarse a cabo la revisión, cuando la constitución o la "ley" especial no lo establezcan o lo dejen a su libre determinación, y a sus consecuencias o efectos jurídicos. Revisten importancia y trascendencia la determinación del quórum para adoptar resoluciones válidas, especialmente, las sanciones relativas a la reforma o enmienda encomendada al cuerpo revisor; y de la mayoría para aprobar las sanciones del mismo cuerpo.

Las disposiciones sobre el particular son muy escasas y escuetas, cuando existen.

#### 20)—Quórum y mayoría para adoptar resoluciones provisionarias y definitivas.

Solamente pocas constituciones vigentes se refieren a facultades para reunirse a los cuerpos de esta clase. La de Chubut dispone en su artículo 248: "Al solo efecto de compeler a los convencionales inasistentes, podrán sesionar o constituirse con un tercio del total de sus miembros". Esta facultad, constitucionalmente otorgada, no puede ser modificada por el reglamento interno, que, según la misma disposición, puede aprobar el cuerpo, y constituye una medida muy prudente, frente a la obstrucción, tan utilizada como recurso para impedir el trabajo de revisión. La constitución del Chaco dispone en su artículo 200 que, "una vez constituida (la convención) procederá a llenar su cometido". A este fin puede adoptar todas las medidas del caso. La constitución de Buenos Aires dispone que "la ley expresará la forma de su funcionamiento" (art. 193), o sea, adoptará su reglamento interno, no así el quórum para reunirse y sesionar ni la mayoría para aprobar las sanciones del cuerpo. La de Santa Fe se remite también a la "ley" especial, que debe determinar "las bases de su instalación", de acuerdo al artículo 115. "Queda reservado a

ésta (la convención) todo lo concerniente a su ordenamiento interno”, agrega el mismo artículo. La de Catamarca dispone que la convención “tendrá facultades para dictar su propio reglamento” (art. 289). Y la de Corrientes, que la “ley” determinará: “a) fecha y modo cómo debe constituirse la convención y el quórum necesario” (art. 178), y, si la “ley” no lo hace, puede hacerlo la misma convención (art. 179). Todas aquellas constituciones que, como las de Neuquén y Chubut, además de las precisadas, autorizan al cuerpo a dictar su propio reglamento, sin establecer el quórum necesario para reunirse o la mayoría para aprobar sanciones, quedan implícitamente facultadas para hacerlo. No disponen nada sobre estos puntos ni sobre funcionamiento, en general, de las convenciones, las constituciones de San Luis (que habla sólo de los gastos, en su artículo 165), La Pampa, Santa Cruz, Formosa, Chaco, Córdoba, Entre Ríos (que en su artículo 222 dice que la convención “tendrá facultades para designar su personal y confeccionar su presupuesto”, pero no para dictar su propio reglamento), Jujuy, La Rioja y Mendoza.

Solamente la constitución salteña de 1929 dispone en su artículo 196 que la convención se reunirá “en quórum de la mitad más uno de sus miembros . . . , bajo la presidencia del más anciano de los presentes; y, exhibidos los respectivos diplomas, expedidos por el tribunal electoral, elegirán un presidente y uno o dos vicepresidentes, quienes prestarán ante la asamblea reunida, el juramento señalado por el artículo 91 de esta constitución. El presidente tomará enseguida juramento a cada uno de los convencionales”.

Una vez instalado y constituido el cuerpo, de acuerdo al reglamento que el mismo apruebe, en virtud de sus facultades constitucionales, legales o naturales, se inicia el período de constitución, propiamente dicho, de las nuevas normas constitucionales.

En cuanto al quórum y a la mayoría necesarios para adoptar resoluciones definitivas, o sanciones (reforma total o enmiendas) solamente la constitución de Salta, en su artículo 197 prevee este aspecto, tan importante de la vida de estos cuerpos. Dice, en efecto, su artículo 197: “Constituida la convención, procederá a desempeñar su cometido, expresado en la sanción legislativa, dentro del término que la misma hubiere fijado, y lo que ella resuelva, estando en quórum, por simple mayoría de los presentes, será promulgado como la expresión de la voluntad del pueblo”. Esta ex-

presión final era frecuente en las constituciones antiguas, como por ejemplo, la de Catamarca (de 1898), cuyo artículo 234 decía también: “. . . y lo que ella resuelva, por mayoría de votos, será promulgado como la expresión de la voluntad del pueblo”. Nunca se ha reparado en la importancia jurídica y política de estas sencillas enunciaciones.

#### 21)—Sede de la convención y local en que funcionará la convención.

Algunas constituciones vigentes disponen el lugar o sede, donde debe reunirse la convención y otras el local. La constitución de Entre Ríos dispone que la convención funcionará en la capital de la Provincia y se instalará en el local de la legislatura “o en el que ella misma pueda determinar” (art. 222). La de Salta dice que la convención se reunirá “en el recinto del Senado” (art. 196), dando lugar a pensar que este fuera el lugar para realizar la primera reunión, no así para el funcionamiento definitivo de la convención. La de Santiago tiene una disposición análoga a la de Entre Ríos (art. 164). La de Chubut dispone también en su artículo 248 que ella funcionará en la legislatura. Las constituciones de Corrientes y de Santa Fe establecen expresa e implícitamente en sus artículos 178 inciso c), y 115, que, la “ley” declarando la necesidad de la revisión determinará el local donde funcionará, respectivamente. Las demás no dicen nada sobre el particular. Es materia del reglamento, si no lo determinara la “ley” de convocatoria. La de Catamarca dice: “La convención sesionará en la capital de la Provincia” (art. 289).

#### 22)—Facultades de las convenciones reformadoras. - Quid del juicio de la validez de su constitución e integración.

Además de las atribuciones que, por la constitución o por la ley, tienen estas convenciones, relativas a su instalación o constitución, debemos considerar otras, que no son menos importantes que ella. Por ejemplo, las de aprobar su presupuesto de gastos, designar su personal y dictar su reglamento interno. Expresamente se refieren a estas tres facultades las constituciones de Chubut (art. 248), Neuquén (art. 299), Misiones (art. 177) y Catamarca (art. 289). La tercera agrega la de “aprobar sus inversiones” (art.

cit.). Implícitamente atribuye a la convención entrambas facultades la de Santa Fe, a través de la amplia enunciación del artículo 115: "Queda reservada a ésta (la convención) todo lo concerniente a su ordenamiento interno". La constitución de Neuquén, agrega, por su parte: "recabando los fondos correspondientes al Poder Ejecutivo con imputación a rentas generales" (art. cit.). La de Corrientes, que, como ya dijimos, asigna a la separación legislativa la atribución de determinar "las partidas asignadas para su desenvolvimiento" (art. 178, inc. c), agrega que la convención tiene las facultades necesarias para pronunciarse sobre este punto, en caso que la citada declaración no lo hiciera (art. 179). Las constituciones de Entre Ríos y de Santiago del Estero expresamente atribuyen a la convención la facultad de nombrar su personal y aprobar su presupuesto (arts. 222 y 164, respectivamente), no así la de hacer su reglamento.

Como una excepción, digna de mención, señalaremos la disposición contenida en el artículo 179 de la constitución de Corrientes, que dice así: "La convención es único juez para expedirse sobre la legitimidad de su constitución e integración". Ya vimos en el párrafo 18 que la constitución de Mendoza disponía en su artículo 222 que la convención debía reunirse, dentro del término que el mismo señala, "a fin de pronunciar el juicio definitivo sobre las elecciones" (de sus miembros).

Las constituciones de Buenos Aires, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Salta, San Juan, Tucumán, Santa Cruz, Formosa, Río Negro, Chaco y La Pampa, no contienen ninguna disposición sobre estos aspectos del funcionamiento interno de las convenciones "ad hoc".

**23)—Facultad para fijar el término de duración cuando la constitución o la declaración de la necesidad de la revisión no lo hacen. - Consecuencias jurídicas de su violación.**

Una atribución muy importante en orden a la validez y eficacia de la revisión y de las normas definitivas sancionadas por estas convenciones es la de fijar el término de su vida, cuando no lo hacen ni la constitución ni la "ley" o declaración de la necesidad de la revisión constitucional, que les dan vida.

Pocas son, en relación con todas ellas, las constituciones vigentes que fijan un término de vida a las convenciones de esta clase, y son distintos los sistemas adoptados para ello y la forma de computarlo, así como los efectos atribuidos a su exceso.

La constitución de Entre Ríos dispone en su artículo 223: "La convención funcionará durante el término de un año, a contar desde la fecha de la solemne instalación (sic), debiendo ésta producirse dentro de los noventa días de la elección de convencionales" (v. el párrafo 18). "Podrá asimismo fijar el término de sus sesiones, el cual será prorrogable, no pudiendo exceder del año antes establecido". Es decir, que el término máximo es de un año, contando desde su solemne instalación. Pero la misma convención puede fijar otro, más corto, y prorrogarlo luego, siempre dentro del plazo máximo fijado constitucionalmente. La constitución de Jujuy dispone que la convención deberá expedirse "en un plazo que no exceda de un año, desde el día de la elección de sus miembros (art. 163), terminología y punto de partida menos peligroso que el usado por la anterior. Bajo este régimen, la convención no puede acortar el plazo ni prorrogarlo, como en Entre Ríos. La de Mendoza dispone que "una vez constituida la convención procederá a llenar su cometido dentro del término de un año" (art. 222). La de Río Negro en su artículo 189 dice que la convención deberá llenar su cometido "en un plazo de 180 días a partir de la fecha de su primera reunión" (v. párrafo 18). La de Neuquén dispone que "la convención constituyente, en su primera reunión, fijará el término que estime necesario para desempeñar su cometido, que no podrá en ningún caso exceder de tres meses, prorrogable por otros tres más, a contar desde la fecha de la elección de sus miembros" (art. 298). La de Chubut establece que la convención se expedirá "dentro de los 120 días de su instalación, pudiendo prorrogar sus sesiones otros 120 días como máximo" (art. 247). La de Misiones dispone en su artículo 177 que la convención podrá fijar el plazo de su cometido, pero éste no podrá exceder del término de un año. La de San Luis dispone que la convención deberá expedirse "en un plazo que no exceda de un año desde el día de la elección de sus miembros" (art. 166).

En cambio, dejan la fijación del término a la ley, las constituciones de Santa Fe (art. 115), Salta (art. 197), Corrientes (art. 178, b) y Catamarca (art. 282, inc. 3º). La primera agrega: "La

convención puede prorrogar el término de su duración una sola vez y por la mitad del plazo fijado por la ley” (art. 115). La segunda (Corrientes) dispone que, si la declaración legislativa no estableciere el término dentro del cual debe expedirse la convención, ésta podrá hacerlo (art. 179). Y la de Catamarca, siguiendo a la de Santa Fe, dispone en el artículo 283: “En el caso que la convención considerara que no podrá cumplir sus funciones antes de la expiración del término (fijado por la “ley”), podrá prorrogar sus sesiones por un plazo que no exceda de la mitad del término legal”. Las demás constituciones no traen disposiciones sobre la duración o vida útil, legal, de las convenciones de esta clase (Buenos Aires, Córdoba, La Rioja, Santiago del Estero, Tucumán, Santa Cruz, Formosa, Chaco y La Pampa). Tampoco señalan los efectos de su violación, a pesar de hacer lo primero las constituciones de Entre Ríos, Neuquén, Misiones, Corrientes y Chubut.

Las constituciones de Jujuy, Mendoza, Salta, Río Negro, Misiones, San Luis, Santa Fe y Catamarca, lo hacen; pero el efecto a la expiración del plazo asignado es distinto. La de Jujuy dispone en su citado artículo 163 que, si transcurrido un año desde el día de la elección de sus miembros, la convención no se hubiere expedido, **deberá practicarse nueva elección**. Dice este artículo, si “no hubiese sancionado las reformas que se le hayan sometido por la “ley”, lo cual deja en duda sobre qué efecto tendrán las ya sancionadas en el ínterin. La de Mendoza dispone en su artículo 222 que: “Una vez constituida la convención, procederá a llenar su cometido dentro del término de un año, vencido el cual **caducará su mandato**”. La caducidad del mandato de los convencionales no implica la nulidad de las enmiendas ya aprobadas, a nuestro juicio, pero sí la imposibilidad de continuar la labor de revisión, cosa que no ocurre en el régimen vigente en Jujuy.

La constitución de Salta, por su parte, resuelve el punto por implicancia, puesto que en su artículo 197, del cual ya nos hemos ocupado en el párrafo 20, dispone: “Constituida la convención, procederá a desempeñar el cometido expresado en la sanción legislativa, dentro del término que la misma hubiere fijado, y lo que ella resuelva, estando en quórum, por simple mayoría de los presentes, será promulgado como la expresión de la voluntad del pueblo”; es decir que las sanciones aprobadas en dicha forma, durante el término legal, serán válidas.

La constitución de Río Negro, cuyo artículo 189, como ya dijimos fija en 180 días el plazo para llenar su cometido, agrega: “**Se entenderá rechazada la reforma** que no fuera sancionada dentro de ese período”, dando lugar a discusión sobre si el rechazo de la revisión es total, es decir, de todas las enmiendas ya aprobadas, o solamente, parciales, es decir, de las posteriores a la expiración del plazo mencionado.

La constitución de Misiones, cuyo artículo 177 atribuye a la convención la facultad de “fijar el plazo de su cometido, que no podrá exceder de un año”, agrega, “transcurrido el cual caducará en su mandato”. Como en el régimen establecido por la constitución de Mendoza, de donde fue tomado, la constitución misionera no sanciona con la nulidad de las enmiendas ya aprobadas por la convención, sino con la caducidad del mandato de sus miembros, no abriendo la posibilidad de nueva elección, como en el régimen de la constitución de Jujuy.

La constitución de San Luis, por su parte, dispone en su artículo 166 que “si transcurrido el año (dentro del cual la convención debe expedirse), no hubiese cumplido su mandato”, debe practicarse nueva elección. Este sistema invalida prácticamente la conveniencia de señalar un término, desde que, si transcurre el que fija, agotado el mismo, la consecuencia es una nueva elección de convencionales, lo cual admite la posibilidad de que una asamblea de esta clase permanezca en funciones durante varios años. Las enmiendas aprobadas en el ínterin quedan vigentes.

La constitución de Santa Fe dispone en su artículo 115: “Si, vencido el plazo de duración, la convención no se hubiera expedido sobre **todos** los puntos susceptibles de reforma, se entenderá que ésta no se ha producido en parte alguna”. La nulidad o invalidez de las enmiendas ya producidas, durante el plazo legal, es total, sanción que consideramos sumamente rigurosa, innecesaria y hasta perjudicial.

Y, finalmente, la constitución de Catamarca, cuyo artículo 282, como ya dijimos (v. párrafo 20), autoriza a la “ley”, declarando necesaria la revisión, a fijar el término dentro del cual debe dar fin a sus funciones la convención “ad hoc”, y a ésta a prorrogarlo por un plazo que no exceda de la mitad del plazo legal (art. 283), no contiene una sanción expresa, pero, en el supuesto de que

expirara el mismo sería de aplicación el artículo 291, que dice: "Cualquier enmienda o reforma constitucional realizada en violación de una o más de las disposiciones precedentes, será absolutamente nulas, y así podrá ser declarado por la Corte de Justicia, aún de oficio". Como inspirador de esta norma, puedo aclarar que las enmiendas producidas fuera del término legal y de prórroga, serían absolutamente nulas, no así las sancionadas durante uno y otro, y que la Corte de Justicia provincial tendría facultades para declararlas tales, aún de oficio, remedio jurisdiccional que por primera vez se establece en la República.

24)—**Facultades de las convenciones reformadoras en cuanto al ámbito de la revisión. - Quid de la presunta o alegada "soberanía" de los cuerpos de esta clase. - Debates promovidos sobre el particular.**

Constreñidas las convenciones "ad hoc" a pronunciarse dentro de un término o plazo determinado por la constitución, por la ley o por ellas mismas, vamos a considerar a continuación sobre qué puntos o en qué extensión pueden hacerlo y cuáles son sus facultades al respecto. El problema se plantea, no sólo en los casos de revisión total (o reforma propiamente dicho) y de revisión parcial (o enmiendas, limitadas a determinados puntos o materias de una constitución), sino también y muy especialmente, en el segundo supuesto, en el que se presenta la cuestión relativa a la supuesta o alegada tesis de la "soberanía" de las convenciones de esta naturaleza.

La mayoría de las constituciones provinciales vigentes establecen expresamente dos normas básicas en este aspecto: 1ª) que la convención "ad hoc" no podrá abarcar otros puntos o materias que los determinados en la declaración acerca de la necesidad de la revisión; y 2ª) que la misma no estará obligada a modificar o cambiar una norma constitucional, si considera innecesario, inconveniente o inoportuno hacerlo así. Hacen ambas cosas las constituciones de Entre Ríos (art. 218), La Rioja (art. 153), Santiago del Estero (art. 159), Tucumán (art. 144), Río Negro (art. 190), Neuquén (art. 297), San Luis (art. 163), Santa Fe (art. 115) y Catamarca (art. 284). Solamente establece la primera la constitución de Formosa (art. 87), y guardan silencio sobre el particular

las constituciones de Buenos Aires, Córdoba, Jujuy, Mendoza, Salta, San Juan, Santa Cruz, Chubut, Chaco, La Pampa, Misiones y Corrientes. Creemos que lo hacen así por innecesario, o sobreentendido. ¿Qué objeto tendría que, siendo la revisión parcial, la declaración de la necesidad de la misma determinara los artículos, las partes o las materias sobre que debe versar, si la convención pudiera, a su arbitrio, abarcar otros puntos o materias?... Sería lo mismo que convertir una revisión parcial en total. Carecería de objeto que la mencionada declaración estableciera "con precisión", los puntos a revisar, como dicen las constituciones de Córdoba y Jujuy, o que, como reza la constitución de Salta, la convención deberá proceder a desempeñar "el cometido expresado en la sanción legislativa", y no otro. Pero, como ya se ha alegado la "soberanía" de las convenciones de esta clase y se han modificado capítulos enteros de una constitución, invocando dicha "soberanía", conviene que nos refiramos al sofisma que encierra esa invocación. Casi no existe convención reunida en los últimos tiempos en la que no se haya suscitado, de entrada, una discusión al respecto. Recordaremos brevemente como antecedentes, que el argumento sofisticado fue invocado en la convención santafesina de 1929, para sostener la prórroga de las sesiones por la misma convención, lo que dio asidero al veto opuesto por el gobernador a la constitución aprobada por la misma. Más recientemente, el debate se produce en las convenciones reunidas en Santa Fe, en 1962, en Catamarca y en Mendoza, en 1965. Me he ocupado extensamente de los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la tesis de la "soberanía" de las convenciones constituyentes o reformadoras en sendos artículos publicados en el diario "La Unión" de Catamarca, los días 13 y 17 de diciembre de 1965, y en "La Ley", de Buenos Aires, del 17 de marzo del corriente año, bajo los títulos respectivamente de "Las facultades de las convenciones reformadoras de constitución", "La caducidad y la prórroga de los mandatos electivos o no" y "Un pésimo precedente: la declarada soberanía de la convención reformadora de la constitución de Mendoza"<sup>(9)</sup>.

Sintetizando lo expuesto en dichas publicaciones, diré que la tesis de la supuesta "soberanía" de las convenciones de esta clase

(9) Por la importancia técnica y práctica de estos puntos, se reproducen estos artículos en los párrafos 31 y ss., de esta Primera Parte. En la Segunda Parte se inserta un estudio del autor acerca la forma de resolver los conflictos a que puede dar lugar el abuso de estas facultades.

no resiste el menor análisis jurídico ni político, porque en el régimen republicado no hay más **soberano** que el pueblo, que delega bajo ciertas condiciones su ejercicio, pero no abdica o renuncia jamás de su poder soberano. La limitación de los poderes de gobierno es la regla, y no podría escapar a ella un poder como el poder constituyente, que debe ser fiel expresión del Estado de derecho. Si la revisión requiere, como acto preparatorio de la reforma o enmienda constitucional, un pronunciamiento especial del órgano legislativo, éste delimita y fija, sin recurso alguno, las atribuciones de la convención “ad hoc”, que no puede pronunciarse sino sobre aquellos artículos, puntos, partes o materias que la citada declaración precisa. Sería incongruente e ilógico que la convención no pudiera expedirse fuera del plazo o término, constitucional o legal, señalado por la declaración legislativa, pero pudiera revisar y suprimir, cambiar o modificar otros artículos o partes de la ley fundamental no comprendida en ella. Los poderes de gobierno, sean los permanentes u ordinarios, sean los extraordinarios, como el poder constituyente, no pueden tener otras facultades o atribuciones que las expresamente conferidas y las que implícitamente sean necesarias o convenientes para cumplir aquéllas. De ahí que la extensión de sus facultades o poderes en cuanto al tiempo, al modo y al ámbito de la revisión hay que buscarlas en la citada declaración legislativa, y no pueden traspasarse, so pena de nulidad que, por ser de derecho público (que es más que el orden público), la consecuencia sea la nulidad absoluta, que debe ser declarada de oficio, como lo dispone la citada constitución de Catamarca en su artículo 291, para evitar las tan frecuentes como condenables actitudes “pilatunas”, que se pretenden fundar en defectos terminológicos de las constituciones o en interpretaciones arbitrarias, que no resisten el menor y más elemental análisis y crítica lógicos, de lógica y de ética jurídicas. En el fondo, las alegaciones a favor de la “soberanía” de estas convenciones enmascaran propósitos o intereses partidarios o personales, repudiables, que la doctrina debe denunciar y condenar como se merecen. El edificio jurídico del Estado de derecho se resquebraja y corre peligro con esas pseudo-interpretaciones “ad usum delphinis”. Quede, pues, bien esclarecido que, aunque las constituciones no digan expresamente que las convenciones no pueden reformar o enmendar otros artículos, puntos, partes o materias que los comprendidos en la “ley” especial o declaración legislativa, aquéllas no pueden hacerlo, y que, si

lo hicieren, son absolutamente nulas las sanciones respectivas. Recuérdese además que los convencionales fueron elegidos para revisar esos puntos o artículos y no otros, por lo que el mandato que ostentan no es un cheque en blanco, para que hagan de la constitución revisada lo que se les ocurra, sino lo que la declaración precisa. Esta declaración debe tenerse especialmente en cuenta cuando se trata de valorar y deslindar las facultades que se ejercitan al establecer las disposiciones transitorias de que tanto se ha abusado y se abusa en la actualidad, para prorrogar o acortar o hacer caducar mandatos populares, conferidos antes de la reunión de la convención, sin relación alguna con la reforma o enmiendas aprobadas por ésta, como ha ocurrido recientemente en Catamarca, con gran escándalo del país y desgraciadamente, sin remedio de hecho (v. párrafo 31).

#### 25)—Elaboración del proyecto de revisión, discusión y aprobación.

Entre los actos constitutivos propiamente dicho, pocos revisten, a nuestro juicio, mayor delicadeza e importancia que los que se relacionan con la elaboración misma de la reforma o enmienda, es decir, con la preparación, redacción, etc., del o de los proyectos que serán considerados, su discusión y su aprobación. Como ya vimos en el párrafo 20, sólo una constitución vigente (la de Salta) refiere al quórum y a la mayoría necesarios para aprobar enmiendas. Ninguna de ellas contempla estos aspectos aquí considerados, que quedan librados al acierto de los que redactan el reglamento interno del cuerpo, a menudo no observado muy rigurosamente en el curso de los trabajos constitutivos propiamente dicho. Aspectos importantísimos de esta etapa de la **elaboración** de la revisión son, a nuestro juicio, la **información** y el **asesoramiento técnicos** de los constituyentes, que comprende, no solamente la reunión de antecedentes, a veces copiados o adoptados sin una consciente y crítica verificación de su aplicabilidad al ente que regulará la constitución, sino a la redacción misma del instrumento constitucional, su correlación, etc., que tanta importancia tienen para la eficacia de las normas en su ulterior aplicación. Ambas cosas requieren el concurso de auténticos especialistas en ambas cosas (la información y la redacción de normas legislativas), tanto más necesaria y delicada cuanto de mayor jerarquía son ellas, las

constitucionales en primer lugar<sup>(10)</sup>. Volveremos sobre este punto en el párrafo 29 de la Parte II, en el que formularemos las sugerencias “de iure condendo” que al respecto nos sugiere nuestra experiencia como asesor de estas convenciones.

## 26)—Sanciones contra la obstrucción, el ausentismo, etc.

Para obviar los inconvenientes que las maniobras partidarias, el ausentismo, la obstrucción, etc., provocan, con relativa frecuencia en el proceso de revisión, las constituciones vigentes no establecen sanciones o procedimientos adecuados. Fuera del arbitrio que señalamos en el párrafo 20, que la constitución de Chubut incorporó al artículo 248, para que la convención pudiera constituirse y sesionar, en su caso, con la tercera parte de sus miembros, no hay normas sobre el particular en las demás. Este procedimiento tiene mucha importancia, sobre todo cuando la convención debe expedirse en un término más o menos breve, que no le es dable prorrogar sino con ciertas limitaciones en algunos casos (v. párrafo 23). No hay ningún argumento valedero para concluir que una o varias minorías pueden obstaculizar, hasta hacer fracasar los empeños de la mayoría y dejar al país o a la Provincia sin la reforma o enmienda cuya necesidad ha declarado el órgano legislativo competente. Los reglamentos internos de estos cuerpos deben ser prolijos y severos para dar a quienes quieren trabajar las garantías de hacerlo, contra las acechanzas de los que no lo quieren.

## ACTOS INTEGRATIVOS

### 27)—Aprobación de las enmiendas constitucionales. - Vetabilidad de las mismas.

Las constituciones vigentes no son, en general, muy explícitas sobre quien sanciona o aprueba, en definitiva, las enmiendas constitucionales ni sobre si ellas pueden ser objeto de veto por parte de otro poder. La conclusión, por vía de regla, es que sólo a la misma convención “ad hoc” compete aprobar en definitiva las enmiendas,

(10) En los Estados Unidos de Norte América, adquiere cada vez mayor importancia la colaboración de los técnicos en la preparación previa (por medio de las llamadas “constitutional commissions”) o el asesoramiento contemporáneo de las convenciones (v. STURM ALBERT L. *Recent trends in State Constitutional revision*, Tempe, Arizona State University 1965, p. 12 y s.).

es decir, que no participa en la sanción de las mismas otro poder, y que, en consecuencia, ellas no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo ni por ningún otro poder.

Expresamente establecen que las sanciones de la convención “ad hoc” se convierten sin más trámite en enmiendas del instrumento revisado las constituciones de Salta, cuyo artículo 197 dispone que “lo que ella resuelva (la convención),... será promulgado como la expresión de la voluntad popular”; si bien el artículo 205 de la misma constitución pareciera denotar que la misma convención que sancionó la cláusula transcrita entendía que la formalidad de la promulgación solemne o normal debía hacerlo el Poder Ejecutivo a quien remitió copia para ese fin; y Corrientes, cuyo artículo 179 dice: “Las normas que sancione la convención, se publicarán de inmediato y serán tenidas como parte integrante de la constitución, a partir de la fecha que fije la misma convención”. Análogo sistema adoptan las constituciones de Mendoza respecto de las sanciones legislativas sobre enmiendas de un solo artículo, contempladas en el artículo 223, que dice: “Si la mayoría de los electores de la Provincia votase afirmativamente, la enmienda quedará aprobada por el pueblo (verdadera sanción) y deberá ser promulgada por el Poder Ejecutivo e incorporada al texto de esta constitución”; la de Buenos Aires, para las reformas parciales aprobadas en “plebiscito” y las sanciones de la convención, que, según su artículo 195: “serán promulgadas y publicadas como parte integrante de la constitución”; la de Neuquén, para las “simples enmiendas que no alteren el espíritu de la constitución”, cuyo artículo 300 dice que “quedarán en vigencia si las convalida el referendum popular”; la de Chubut, cuyo artículo 249 dispone que para la reforma de dos artículos, “si la mayoría (del electorado) votase a favor de la reforma, la enmienda quedará aprobada y el Poder Ejecutivo deberá promulgarla, quedando incorporada al texto de la constitución”; y las de Chaco y de Misiones, cuyos artículos 202 y 178, respectivamente, disponen igualmente que la enmienda de un artículo quedará sancionada por el voto de la legislatura y el sufragio afirmativo del pueblo, “en cuyo caso la enmienda quedará incorporada al texto constitucional”. Implícitamente, en esos casos la última palabra compete a la convención —o el Poder Legislativo— y al pueblo, sin ninguna participación del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, queda excluido implícitamente el veto, lo mismo que en el caso que nada diga expresamente el instrumento

constitucional sobre el ejercicio de esta facultad (como lo hacen las constituciones de Córdoba, Buenos Aires, Entre Ríos, La Rioja, Jujuy, Mendoza, San Juan, Salta, Santiago del Estero, Tucumán, Santa Cruz, Formosa, Río Negro, Neuquén, Chubut, San Luis, Chaco, La Pampa, Misiones y Santa Fe). No siendo una "ley" propiamente dicho, sino una declaración, bajo la forma de ley formal, no es vetable. Así lo dispone expresamente una de las constituciones latinoamericanas más completas, la de Venezuela (del año 1961), cuyo artículo 248 dispone: "El presidente de la República no podrá objetar las enmiendas o reformas y estará obligado a promulgarlas dentro de los diez días siguientes a su sanción. Si así no lo hiciera se aplicará lo previsto en el artículo 175, o sea, la promulgación por el presidente y el vice del Congreso, sin perjuicio de la responsabilidad presidencial en que incurra por su omisión. El no haber previsto expresamente si las enmiendas eran o no objeto de veto por el Poder Ejecutivo provocó la dilatada discusión acerca de su procedencia, en el caso de la llamada "constitución de 1921", en Santa Fe, que vino a resolver una intervención federal. Consideramos que, dada la naturaleza de la revisión constitucional, el Poder Ejecutivo no puede enervar por ese medio una reforma o una enmienda constitucional, aunque el instrumento vigente con anterioridad guarde silencio al respecto. Para evitar discusiones, conviene que se incorpore una disposición explícita en ese sentido (v. párrafo 29, Parte II).

#### 28)—Promulgación y publicación de las enmiendas constitucionales.

Muy pocas o descuidadas son las constituciones vigentes con respecto a estas formalidades integrativas de la eficacia de las enmiendas: la promulgación y la publicación de la misma.

Sólo una constitución en cuya preparación tuvimos el honor de participar, introduce una cláusula expresa sobre la promulgación. Es la constitución de Catamarca, cuyo artículo 290 dice: "Las reformas serán promulgadas por la misma convención". Se orillan así los problemas y cuestiones a que puede dar origen el silencio al respecto, por ignorancia o mala fe, tal como ocurrió en la Provincia de San Luis, en 1962, con respecto a la publicación de la reforma producida a fines de aquel año. El decreto del interven-

tor interino hace mérito para ordenar su publicación de "las instrucciones impartidas por el Ministerio del Interior", en ese sentido, que se cumplen, "sin que ello implique abrir juicio respecto a su validez" (Boletín oficial y judicial de la Provincia, de 12-XII-62).

Fuera de las constituciones precitadas en el párrafo 27 (Salta, cuyo artículo 197 dispone que las enmiendas a que se refiere serán promulgadas, pero no dice por quién ni cuándo; Corrientes, cuyo artículo 179 permitiría sostener que no han menester de promulgación, pero sí de publicación, sin decir quién; Mendoza, cuyo artículo 223 dispone que las enmiendas aprobadas en referéndum, deben ser promulgadas por el Poder Ejecutivo; Buenos Aires, cuyo artículo 195 dice que las enmiendas serán promulgadas, pero no por quién ni cuándo; Chubut, cuyo artículo 249, para las enmiendas de dos artículos, dispone que debe hacerlo el Poder Ejecutivo, pero no cuándo; y Chaco y Misiones, de cuyos artículos 202 y 178, respectivamente, parece desprenderse que no es menester esta formalidad, quedando incorporadas automáticamente las enmiendas a que refiere al texto constitucional vigente. Las demás constituciones actualmente en vigor (Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Salta, Río Negro, Formosa, Neuquén, Chaco, Chubut, Misiones, La Pampa, San Luis, Santa Fe y Corrientes) nada disponen acerca de la promulgación y la publicación de las enmiendas o reformas constitucionales, en general, es decir, no comprendidas en las especificaciones antes señaladas (v. párrafo 27). Es interesante mencionar cómo entendieron sus autores que debía o podía hacerse.

La convención bonaerense de 1934 promulgó ella misma la reforma introducida en aquel año (art. 206) y mandó publicarla y cumplirse en todo el territorio; encomendando al Poder Ejecutivo la adopción de las medidas para el juramento (art. 205); la convención cordobesa de 1887 mandó promulgarla al Poder Ejecutivo (art. 183); la de Entre Ríos (1933), la promulgó y mandó publicar (art. 235); la de Jujuy en 1935, la promulgó y ordenó publicarla al Poder Ejecutivo (art. 168); la de Mendoza en 1916, la promulgó y pasó copia al Poder Ejecutivo "para su cumplimiento" (art. 240); la de La Rioja, en 1933, la promulgó y mandó que la publicase el Presidente de la Convención (art. 154); la de Salta, en 1929, ordenó al Poder Ejecutivo su promulgación solemne (art. 205); la de San Juan, en 1929, fue promulgada por la misma con-

vencción que dispuso en su artículo 158, que debía ser publicada por el presidente de la misma; la de Santiago del Estero, en 1939, fue promulgada y publicada por la misma convención (art. 176); la de Tucumán de 1907 fue igualmente promulgada y publicada por la convención (art. 155); la de Santa Fe, dispuso en 1962 que la publicación la hiciera la misma convención (art. 116, atribución 5ª, etc.

#### 29)—Fecha de entrada en vigor.

Pocas son las constituciones vigentes que contemplan expresamente este importante punto relativo a la fecha en que entrarán en vigencia las reformas o enmiendas constitucionales. Es práctica que las convenciones lo dispongan, entre las disposiciones transitorias, de que tanto abuso se hace, con fines no siempre legítimos o jurídicos. La única constitución que indirectamente establece desde cuándo entrarán en vigor las enmiendas, es la de Corrientes (art. 179), que dispone que “las normas que sancione la convención se publicarán de inmediato y serán tenidas como parte integrante de la constitución a partir de la fecha que fije la misma convención”. Las demás constituciones no dicen nada, expresa o directa ni indirectamente sobre la fecha en que entrarán en vigencia. Pero todas ellas han previsto de alguna manera el punto en sus disposiciones transitorias. Podemos agruparlas, bajo este aspecto, en varios grupos: el 1º), de las que no dicen desde cuando, ni lo hacen respecto de las leyes ordinarias que podría aplicarse por analogía (tales las de Buenos Aires, Córdoba y Catamarca, respecto de la cual fue el Poder Ejecutivo el que fijó la fecha en que entraría en vigor en el decreto de promulgación del 15 de enero de 1966, “inmediatamente después de ser jurada”); el 2º), el de las constituciones que señalan una fecha determinada (como lo hacen las constituciones de Entre Ríos, en su artículo 234; Jujuy, artículo 164; Mendoza, artículo 226; Santiago del Estero, disposición transitoria 2ª; Formosa, artículo 160; Chubut, artículo 264); el 3º), el de aquellas constituciones que no señalan día dado sino a partir de otra formalidad; por ejemplo: la de La Rioja, cuyo artículo 155 dispuso que entraría en vigencia “al día siguiente de su publicación”; lo mismo que la de San Juan artículo 158; y Neuquén, artículo 301; la de Santa Fe, cuya disposición transitoria 5ª dice: “a partir de su publicación”. Pueden incluirse en el

primer grupo la de Salta, cuyos artículos 198, 199 y 203 señalan distintas fechas, pero determinadas para la aplicación de las nuevas disposiciones a los poderes legislativos y ejecutivos, y a la organización municipal; la de Tucumán, que dispone en el artículo 154: “diez días después de promulgada”; Santa Cruz, cuya disposición transitoria 1ª dice, “a partir de la fecha de publicación y comunicación al Poper Ejecutivo nacional” (hechos que, al parecer debían ser simultáneos); sistema que también emplea la constitución de Neuquén, artículo 301; la de Río Negro, que establece en su artículo 191, “desde la fecha de su sanción”; la de Chaco, cuyo artículo 214, que dice “a partir de la fecha” (y no habla de juramento); la de La Pampa, cuyo artículo 1º de la resolución complementaria dictada el día de la sanción lo fija “a partir de la cero hora del día 7 de octubre”, subsiguiente, y manda que el Poder Ejecutivo adopte las medidas pertinentes para su juramento, después de entrar en vigor; y la de San Luis, que, a raíz de las dificultades opuestas por la intervención federal sobreviniente a su adopción, el 24 de abril de 1962 resolvió “dar por cumplida la labor de la convención con las sanciones producidas hasta la fecha, de acuerdo con el artículo 3º de la resolución del 9 de abril de 1962, que dice: “Los artículos que resulten aprobados por la H. Convención se considerarán sancionados y entrarán a regir desde ese mismo momento, previa publicación”.

Es de notar que varias de estas constituciones entraron en vigor antes de ser publicadas, al menos en los repertorios oficiales (registros oficiales, etc.), y antes del juramento público, de los mandatarios o del pueblo, en general, lo que motivó impugnaciones más o menos fundadas, como ocurrió en San Luis, Santa Fe y Catamarca; para no citar sino las últimas convenciones realizadas en el país. Para que no haya objeciones por estos motivos, es conveniente que estos puntos, relativos a estos elementos integrantes se prevean en los textos constitucionales en el futuro. Como ya se dijo, su omisión o inobservancia, parcial o total, no invalida o anula su existencia, pero permiten abrir serias dudas y discusiones acerca de su validez o eficacia que conviene disipar por una meticulosa previsión de los mismos (v. párrafo de Parte II).

### 30)—Juramento.

A pesar que el texto, o parte normativa, de las constituciones antiguas y modernas, no contienen ninguna disposición acerca del juramento del instrumento constitucional, ha sido costumbre que éste sea jurado, más o menos solemnemente, primero por las autoridades y luego, por el pueblo, “en comicios públicos”, como solía decirse otrora. El juramento no es, ni debe ser, un elemento o acto integrativo, que afecte o pueda afectar a la eficacia de la constitución o de sus enmiendas. Por el contrario, lo consideramos peligroso, dados los antecedentes recientes. La constitución nacional de 1953 no contenía otra referencia sobre el particular que la muy indirecta del artículo 30, cuando decía que la misma podía reformarse, en el todo o en cualquiera de sus partes, “pasados diez años desde el día que la juren los pueblos”, cláusula suprimida en 1860. Ella fue jurada “en comicios públicos”, por disposición del general Urquiza, de acuerdo al decreto dado en San José de Flores, el 25 de mayo del mismo año 53. Las posteriores reformas no fueron juradas en la misma forma, ni se agregó cláusula alguna al texto en ese sentido. Pero en 1949 se agregó al artículo 32 de la constitución reformada aquel nefasto año una disposición que decía: “Nadie puede ejercer empleos y funciones públicas, civiles o militares, si previamente no jura ser fiel a la Patria y acatar esta constitución”. Era el precio de la sumisión al Jefe único. Como consecuencia, la disposición transitoria 3ª de la misma constitución obligaba a prestar juramento, no sólo a las autoridades, sino también que debía ser prestado por todo ciudadano que se hallara actualmente en el ejercicio de una función pública. “La falta de cumplimiento del juramento a que refiere el presente artículo, hará cesar inmediatamente a aquél que se negara a hacerlo en el desempeño de su mandato, función o empleo”.

El juramento, que había perdido su antigua fuerza, por el debilitamiento de los sentimientos cívicos y religiosos en que se basa dicha solemne promesa, ante Dios y la Patria, utilizóse como pretexto deliberado para hacer vacantes u obtener sumisiones indecorosas, no ya a la ley fundamental del país, sino a quienes la habían profanado y gobernaban. Las constituciones provinciales sancionadas en virtud de la quinta cláusula transitoria de la misma Constitución Nacional, para adaptarlas a los principios, derechos

y garantías consagrados por aquélla, en uso de una “autorización” innecesaria e incompatible con nuestra forma federal de gobierno, siguieron el mal ejemplo. El juramento, como acto de fidelidad, desacreditóse desde entonces. Consideramos que no puede ser una garantía real de observancia de la constitución, que ha pasado de ser una solemne promesa de fidelidad a un formulismo, sin trascendencia alguna, que debe abolirse definitivamente de nuestras normas y prácticas políticas. Se evitan así muchas trampas y peligros para nuestra forma republicana.

### 31)—Facultades de las convenciones constituyentes o reformadoras para dictar disposiciones transitorias. - Contenido y naturaleza de ellas. - Uso y abuso de las mismas. - Conflictos a que han dado lugar.

Al final de las constituciones, nacionales y estaduales o provinciales, cuanto de las llamadas “cartas orgánicas” municipales, suelen consignarse algunas disposiciones, llamadas “transitorias” (en inglés “Schedule”, o anexo, y en portugués “Ato”, de normas transitorias), cuya calificación denota la provisoriedad de estas normas o disposiciones destinadas a regir durante el cambio de una a otra constitución, para facilitar su adecuación. Tales son respectivamente su único objeto y su naturaleza, de donde se infieren sus límites propios. “Llámanse disposiciones transitorias—define el profesor Pedro Calmon— las que tienen plazo corto de duración (o realización), al contrario de las normas constitucionales propiamente dichas, que son permanentes e inalterables, hasta la reforma o revisión del texto. Reúnense en ellas las providencias complementarias, medidas de emergencias, decisiones que, por su naturaleza y su especie transitoria, no tendrían lugar y oportunidad entre los preceptos de la constitución, y hasta —lo que es más— reglas que la modifican” (*Curso de Direito constitucional brasileiro*, Río de Janeiro, 1947, p. 295). Este eminente autor, rector de la Universidad carioca, se pronuncia en contra del procedimiento de enmienda del texto constitucional por las disposiciones transitorias, como algunas constituciones por excepción, suelen hacer, que no se recomienda como técnica, ni como conducta legislativa ni como coherencia doctrinaria: “representa —dice el profesor Calmon— un artificio de rectificación que, por la prórroga (o extensión) de la soberanía (o poder que ejerce la con-

vencción), infringe el principio de la misma” (ib). “Es una **corri-genda tardía**”, y yo agrego, por mi parte, antijurídica, opuesta a los principios generales del Derecho, y sobre todo, en nuestro régimen de Estado de derecho y de forma republicana de gobierno, a los principios fundamentales de nuestra organización federal de gobierno. Como el mismo Calmon lo afirma, la constitución brasileña de 1946, que él comenta en dicha obra, padeció de dicho defecto.

En la cuarta edición del **Diccionario legal** de Black (St. Paul West Pub. Co. 1951) la “schedule” en Derecho constitucional se define como “una declaración (statement) **anexa a una constitución** adoptada recientemente por un Estado, en la cual se describen extensamente los detalles en que ella difiere de la anterior o que contiene disposiciones para el reajuste de las materias afectadas por el cambio de la vieja a la nueva constitución” (p. 1511). Son disposiciones provisorias para poner en ejecución las nuevas normas, y que se agotan en la aplicación inmediata primera.

En cuanto a su contenido, las disposiciones transitorias suelen acumular normas de las diversas clases, algunas francamente muy ajenas a su naturaleza y a su objeto propio, por ejemplo, la constitución alemana de 1949, que contiene treinta normas de esta clase, en su artículo 121 define que debe entenderse por “mayoría de los miembros del Parlamento y de la Asamblea federal”, cosa que no es compatible con la transitoriedad de aquéllas, pues mientras se aplique esta constitución, la forma de computar dicha mayoría será siempre la misma; y en su artículo 140 declara parte integrante de la misma constitución las disposiciones de los artículos 36 a 39 y 41 de la constitución de 1919, destinadas a regir tanto como aquélla; la “ley o ato adicional” de la constitución de Guanabara (1961), en su artículo 8º faculta al gobierno para designar una comisión de diputados y de especialistas para que realicen estudios sobre la organización municipal que se considere más adecuada; la constitución federal brasileña de 1891 incluyó entre sus disposiciones transitorias una (1ª - 7ª), por la que se otorgaba al ex emperador del Brasil una pensión vitalicia, y otra (1ª - 8ª), por la que se disponía la adquisición de la casa en que había fallecido Benjamín Constant, el “fundador de la República”, y se concedía a su viuda el usufructo de la misma, mientras viviera, etc., etc.

En rigor, son disposiciones transitorias, y sólo pueden establecerse como tales, las normas imprescindibles para poner en movimiento el nuevo instrumento constitucional, para allanar las dificultades o lagunas legales que provoque el cambio del viejo al nuevo estatuto fundamental, respetando, desde luego, los principios fundamentales del Derecho público, y con mayor razón, los que el nuevo instrumento incorpora, así como las situaciones y los hechos consumados en primer lugar, los mandatos electivos populares no consumados por sus titulares, al tiempo de entrar en vigor la nueva constitución. Una ley fundamental no puede inaugurarse ni entrar en vigencia, violando sus propios principios ni las normas que dieron vida al órgano que la sanciona, o sea, la ley que autorizó la convocatoria de la convención que la aprobó.

En los Estados Unidos, es una doctrina pacífica y unánimemente observada que las disposiciones transitorias de una constitución, por su naturaleza y objeto, son todas aquéllas necesarias para mantener la continuidad de las operaciones gubernativas y administrativas, para la elección de los nuevos organismos, magistrados y funcionarios, o sea, para el establecimiento de la nueva maquinaria política y administrativa. De ahí la importancia que se atribuye y que realmente tienen estas disposiciones. En la sexta edición de la constitución estatal modelo, editada por la Liga Municipal Nacional de los Estados Unidos en 1961, se destaca el rango que ellas tienen para resolver las dificultades del período de tránsito entre la vieja y la nueva ley fundamental del Estado: “Es mejor permitir que subsistan los departamentos de gobierno o tribunales estatales como antes (de la reforma) hasta que, reorganizados los sistemas administrativo y judicial, puedan iniciar sus funciones de acuerdo a la nueva constitución” (**Model State Constitución**, Nueva York, NML, 1961, p. 112). La tarea a realizar a este fin es larga, lenta —requiere, a veces varios años— y técnica: deben resolverse muchas dificultades y, a veces, es más controvertida que la misma tarea de revisión constitucional, (ib.). Hay que proceder, en consecuencia, con gran prudencia y el imprescindible asesoramiento de los especialistas o expertos.

## LAS PRINCIPALES REGLAS SOBRE LA MATERIA

Esta publicación, que cuenta con la autoridad de cuarenta años de experiencia y estudios, realizados por los más caracteri-

zados especialistas en la materia de los Estados Unidos, y el respaldo de una institución como la que la editó, señala, entre otras, las siguientes reglas sobre estas disposiciones: 1ª) todas las leyes existentes al tiempo de entrar en vigor la nueva constitución, deben continuar en vigencia hasta que sean expresamente derogadas o modificadas por otras, que se dicten de acuerdo a la misma; 2ª) “todos los funcionarios que ocupen cargos por elección o nombramiento, continuarán en ejercicio del mismo de acuerdo a su respectivo mandato o designación, hasta que sus cargos hayan sido abolidos o sus sucesores elegidos y calificados (admitidos) de acuerdo con la nueva constitución o con las leyes dictadas en su consecuencia” (p. 114). “El efecto de esta disposición —explica el comentarista— es que ningún funcionario perderá su posición meramente por virtud de la adopción de la nueva constitución. Aun en el caso que un cargo sea suprimido por ella, el funcionario continuará en funciones hasta la expiración de su término o hasta que alguna ley de la legislatura lo prive del mismo de acuerdo con la nueva constitución” (ib.).

Esta regla tiene su aplicación en aquellas constituciones, por ejemplo, que disponen expresamente en su texto que las leyes que supriman cargos judiciales no se cumplirán hasta que vacaren los existentes al tiempo de su sanción (v. del autor **Las garantías específicas de la independencia del Poder Judicial**, p. 23, y constituciones de San Luis (1941), artículo 118, La Rioja (1949), p. 121, Chubut (1957), artículo 157, etc.), y también las que incluyen en sus disposiciones transitorias sendas cláusulas disponiendo que los jueces o magistrados que, por razón de la reestructuración del poder judicial, queden sin cargo o no reúnan las condiciones o calidades exigidas por la nueva constitución, pasen a disponibilidad con sueldo íntegro, o se jubilen en forma ordinaria o extraordinaria. Esta regla es aplicable, con mayor razón y rigor, cuando se trata de magistrados (gobernador, etc), o representantes populares electivos (diputados, senadores, concejales, etc.), dada la naturaleza del mandato recibido del pueblo. Por ninguna razón o motivo, que no alcanzamos a comprender cual pudiera ser, jurídicamente considerados una convención, sin expresa atribución de la ley de la legislatura o de la constitución anterior, bajo cuyo imperio fue elegida, podría dejar sin efecto, declarando caduco o acortando, el término por el cual un representante popular ha sido elegido como acaba de hacerlo, en una disposición transitoria apro-

bada antes de dar término a sus funciones de revisión propiamente dicho, la convención que acaba de reunirse en esta Provincia. Como ya lo dijera en un artículo aparecido en este mismo diario el día 17 de diciembre ppdo., bajo el título de “La caducidad y la prórroga de los mandatos electivos o no”, sin una expresa autorización contenida en la ley de su convocatoria, o que declaró necesaria la reforma de la constitución la convención no podía hacerlo sin violar principios elementales de Derecho Público y de Ciencia política: las convenciones reformadoras no tienen más facultades que las que expresa o implícitamente les confieren las legislaturas o las mismas constituciones a reformar. Ellas son **supremas**, dentro de las limitaciones establecidas por éstas y aquéllas, pero no son **soberanas**. Si no le fue dado ese poder o atribución, en manera alguna puede considerarse implícito en las facultades de revisar y de modificar la constitución a reformar: la prueba es que los demás poderes (el Ejecutivo, el Judicial, etc.), han sufrido modificaciones más profundas que el Legislativo, y la convención no experimentó la necesidad de adoptar cláusulas semejantes a la que provoca este comentario, haciendo caducar los mandatos ejercidos por los titulares de uno o de otro, o acortar el mismo. Por mucha dialéctica que se emplee no hay ninguna razón valedera para que todos, sin excepción, los mandatos legislativos de plazo pendiente de cumplimiento terminen indefectiblemente a fines de abril o de cualquier otro mes, como no sea una razón partidaria o simplemente, de baja politiquería electorista. Los precedentes que puedan invocar a su favor son los malos, como ya lo dijimos en aquella oportunidad, no los buenos, que cuentan con la autoridad moral de la mejor doctrina, como lo explico circunstanciadamente en la segunda parte del mismo artículo 10, aparecida el día 18 del mes y año, donde considero en particular los antecedentes relativos a los mandatos populares electivos.

## LA INALTERABILIDAD DEL TÉRMINO DE LOS MANDATOS LEGISLATIVOS

Según dichos precedentes, y a pesar de su variedad, predomina en los anales de las convenciones reformadoras reunidas en las provincias en los últimos sesenta y cinco años, la regla escrupulosamente observada de la inalterabilidad de la duración de los

mandatos representativos y la continuación en el cargo de los legisladores y gobernadores por todo el tiempo para el que fueron elegidos. Solamente por excepción se ha adoptado la norma contraria, que puede considerarse excepcional y con tendencia más bien a la prórroga que a la caducidad, total o parcial, del tiempo que resta para cumplir dicho mandato, y salvo por la necesidad imperiosa e ineludible —que en el presente caso no se ve— de adecuar la buena representación popular o la más próxima renovación legislativa a las nuevas disposiciones, incompatibles con las anteriormente en vigencia, las convenciones reformadoras de los tres últimos cuartos de siglo, no han abreviado ni prorrogado —y menos hecho caducar sin excepción o diferenciación alguna, como lo acaba de hacer la convención catamarqueña— los términos por los cuales habían sido elegidos los representantes populares en funciones, por la sencilla razón que siempre se ha considerado en principio, que las referidas convenciones no tienen poder expreso ni implícito para alterar de ningún modo, en más o en menos la voluntad popular que los eligió por un tiempo determinado. Admito como lo dije entonces, que alguna de ellas pueda dejar sin efecto los sorteos practicados por los respectivos cuerpos legislativos, para cumplir con el sistema de renovación periódica, prescripta por la constitución al tiempo de ser elegidos o incorporados, si ello fuera necesario e imprescindible para que pudiera seguir funcionando hasta la elección de los nuevos legisladores, de acuerdo a las nuevas normas constitucionales y nunca más allá del término para el que fueran elegidos, y aun, por excepción, cuya justificación tiene que resultar evidente, en su caso, que pudiera suspender una elección muy próxima a la fecha de entrar en vigencia la nueva constitución siempre que los cuerpos respectivos pudieran funcionar sin inconvenientes de orden legal, hasta la renovación a realizar de acuerdo a las nuevas disposiciones fundamentales. Pero nunca podía hacer, como lo ha hecho la convención catamarqueña, poner término a mandatos en curso de ejecución, sin diferenciación alguna, para proceder a la renovación total del poder legislativo en cuya disposición se advierte sin esfuerzo, un propósito electoral deliberado, que no es secreto para nadie en esta Provincia. En esta oportunidad, a influjo de perniciosos intereses parciales, que no pueden confundirse en manera alguna con los generales, o de la Provincia, y menos con el bien común, se ha adoptado como regla lo que sólo puede ser una excepción, según lo demuestran a una la

doctrina y la práctica constitucionales de tres cuartos de siglo. Según ellas, las convenciones reformadoras pueden disponer, como reglas transitorias cuándo se elegirán los mandatarios futuros, incluso los legisladores que reemplazarán a los en ejercicio, de acuerdo a las nuevas normas constitucionales, pero no se les reconoce la atribución o el poder de acortar ni de prorrogar, y menos, el de hacer caducar el término de sus mandatos. Es también teoría y la práctica norteamericana que dan base a las citadas reglas de la constitución estatal modelo, citada al principio (p. 115). La cláusula transitoria de referencia viola, a mi juicio, el principio de los poderes de gobierno propio y de la esencia de la forma republicana de gobierno a que deben sujetarse las constituciones provinciales “ex vi” de los artículos 5º y 106 de la Constitución Nacional, en virtud del cual las atribuciones de todos los organismos que ejercen el poder público, al que no escapan las convenciones de esta clase, son también esencialmente dictadas en su consecuencia, al punto que el artículo 60 de la constitución de 1895, y al artículo correlativo de la constitución sancionada por esta convención disponen expresamente que “ninguna autoridad o agente del poder público, administrativo o gubernativo, podrá ejercitar atribuciones ni ordenar o ejecutar decisiones particulares, válidas fuera de los límites fijados por una disposición general preexistente”, y el artículo 59 agrega que “toda ley, decreto u orden, contrarios a los artículos precedentes . . . , serán nulas y no podrán ser aplicadas por los jueces”. A estas normas fundamentales no escapa la nueva constitución que por “la ley de las leyes”, debe someterse severamente a sus propias disposiciones transitorias como la referida, no puede, jurídica ni legalmente considerarse como “expresión de la voluntad del pueblo” según el artículo 234 de la Constitución reformada y artículo concordante de la nueva Constitución y, por consiguiente, es nula, pudiendo el Poder Ejecutivo abstenerse de promulgarla, o ser declarada inconstitucional, por instancia de los legisladores afectados por ella conforme a la acción que les acuerda el dispositivo constitucional del capítulo relativo al Poder Judicial, por tratarse de un punto regido por la Constitución<sup>(11)</sup>. La misma convención rechazó juiciosamente la

(11) Adelantándome a un argumento, de muy débil consistencia jurídica, que sin duda se hará en contra de esta tesis, diré que todo cuanto atañe al procedimiento y a los límites de las atribuciones de las convenciones de esta clase constituye una cuestión *jurídica* y no como suele confundirse —a sabiendas— una cuestión política y que, por ende, no escapa al control

moción de declararse "soberana" a otros fines; y debió ser consecuente con dicha declaración que es la que en buena doctrina corresponde, siendo de lamentar que, después de haber aprobado una ley fundamental para la Provincia no hiciera honor a la misma, a su tradición democrática y republicana y a la cultura y sentido cívico del pueblo catamarqueño, y que a la última hora haya empañado el brillo de su propia obra con una resolución tras la cual muestra la cola el espíritu de partido o mejor de facción, y los intereses y pasiones subalternos de grupo o de personas, que condenaba el ilustre "orador de la Constitución" Fray Mamerto Esquiú en uno de sus sermones famosos.

### 32)—La caducidad y la prórroga de los mandatos, electivos o no. Facultades y limitaciones de las convenciones reformadoras.

La dirección de "La Unión" de Catamarca, me ha hecho el honor de solicitarme que exprese mi opinión acerca de un problema muy delicado, en relación con las facultades o poderes de las convenciones reformadoras de constituciones, como es el relativo a la caducidad o la prórroga del mandato de magistrados o funcionarios, electivos o no: gobernadores y vice-legisladores y jueces, empleados y funcionarios, administrativos o judiciales. Podría responder sintéticamente con la doctrina expuesta en una entrevista concedida a "La Gaceta" de Tucumán, el día 16 del mes pasado, sobre ese punto, y más extensamente, con la desarrollada en un artículo posterior, publicado en "La Unión", del lunes 13 del citado mes. En

jurisdiccional de inconstitucionalidad. El autor desarrolló esta tesis en una monografía titulada "La legitimidad del mandato de los constituyentes", publicada en "La Ley" de Buenos Aires (aparecido en el tomo 88, pp. 766-796 de este repertorio jurídico, especialmente el; 4 pp. 770-774). Con posterioridad, el profesor Bidart Campos se ha ocupado con su indiscutible autoridad y erudición de la judicialidad de las llamadas "cuestiones políticas", en otro artículo aparecido en la misma revista jurídica, en el curso del mes próximo pasado. Finalmente el profesor Carlos Sánchez Viamonte dice en el volumen titulado "Derecho Constitucional, tomo I: Poder constituyente": "En cuanto a la validez de una constitución como problema jurídico fundamental, depende de las condiciones en que se ejercita el poder constituyente, es decir, que en la etapa de la primigenidad, cuando se trata de una convención constituyente que se reúne por primera vez cuando no existe una constitución a cuyas normas básicas haya que sujetarse, ese ejercicio está incondicionado, mientras que en la etapa de continuidad la validez de una Constitución reside en la observancia de las condiciones establecidas por la Constitución vigente para su propia reforma. En estos casos, la vigencia de la constitución anterior subsiste y sus preceptos deben ser aplicados para juzgar la validez de la nueva. El Poder Judicial podría declarar la nulidad de la sanción (p. 612), y ello en el todo, en cualquiera de sus partes ya sea en el texto propiamente dicho, ya sea sus disposiciones transitorias, según sea quien viole el derecho fundamental preexistente.

la primera oportunidad, se me preguntó: "¿Podría la Convención prorrogar o acortar el mandato de los legisladores provinciales que están en ejercicio, y contesté: "Por las mismas razones anteriores (sea, porque "las convenciones de esta clase no son soberanas, no tienen más poderes que los que la ley les da y los implícitos para cumplir los expresamente conferidos a las mismas"), no podría hacerlo sin violar principios elementales de Derecho público y de Ciencia Política. La Convención no ha recibido poderes que tengan preeminencia sobre los actuales poderes públicos, de manera que no podría, por ejemplo, hacer cesar a los jueces que tienen acuerdo para uno o dos años más después de promulgada la nueva constitución; con mayor razón, los mandatos legislativos a los que Ud. alude. La prórroga de los mismos, como su disminución, sería, además de un hecho antijurídico, una flagrante traición al mandato que los constituyentes recibieron del pueblo para modificar o no la constitución vigente, pero en manera alguna para revocar la voluntad del pueblo en orden a los mandatos conferidos con anterioridad a sus representantes". Más adelante desarrollaré aún más esta tesis, brevísimamente expuesta, como la índole de la entrevista lo imponía. En el artículo precitado, sintetiqué mi pensamiento al respecto, diciendo: "Las convenciones (de esta clase: reformadoras, no constituyentes propiamente dichos) no son soberanas, y, aunque sean supremas, no pueden hacer más que lo que la constitución a reformar establece, o lo que la ley a que ella se remite dispone, dentro de los límites de tiempo, forma y medios establecidos por una y otra, y siempre, invariablemente, dentro de los límites de la voluntad soberana —la única a quien cabe este adjetivo— del mismo pueblo que las eligió".

El principio así enunciado, en su sustancia, con la mayor sencillez, no resuelve empero las dificultades que su aplicación puede ofrecer en teoría y, de hecho, ofrece, en la práctica, cuando se trata de llevarlo hasta sus últimas consecuencias, en el caso concreto. Si la constitución no dispone ninguna regla sobre la materia, por ejemplo, si no prohíbe alterar o cambiar los períodos por los que fueron elegidos los mandatarios electivos, como los gobernadores o los legisladores, o fueron designados los no electivos, como los jueces, y aun, los funcionarios inamovibles, ni tampoco ha previsto el punto la ley que declaró necesaria la reforma y dio vida a la convención de que se trate, ¿podría interpretarse este silencio en el sentido de que la misma queda en libertad de

hacerlo?... Respondo categóricamente que no. La razón es sencilla: la convención reformadora no puede hacer lo que no puede hacer su comitente, que es el pueblo: ella es **suprema** en el ejercicio de sus atribuciones, con las limitaciones que surgen de la constitución o de la ley dictada en su consecuencia, pero no soberana; y lo que el pueblo, que es soberano, no podría hacer, porque nuestro sistema representativo es puro y no admite, en el orden provincial, la revocatoria popular de los mandatos electivos (v. del autor **Principios de Derecho Público**, Santa Fe, Imprenta de la Universidad, Vol. II, 1937; y **Teoría general del Estado**, 1963, Capítulo XI, p. 249), menos podría hacerlo su representación. En el caso concreto de esta Convención, ella no podría acortar ni prorrogar el término del mandato del gobernador o del vice, por la disposición contenida en el artículo 128 de la constitución vigente, que prohíbe expresamente prorrogarlo por un día más que el señalado, por ningún evento, y que dispone que cesarán en sus funciones "el mismo día en que expire su período legal", ni el de los legisladores, porque los artículos 64 y 70 de la misma, ordena que el cargo respectivo "durará" tres o seis años, y finalmente, los artículos 171 y 173 de la sección respectiva, que los ministros de la Corte "durarán" seis años y los jueces letrados, tres y que unos y otros "serán inamovibles durante el período de su nombramiento". La caducidad, como la abreviación o la prórroga de los mismos, equivaldría a una remoción sin el debido procedimiento legal (arts. 89 y 189 de la misma Constitución).

Aclaro, de paso, que, si esta convención dispusiera en una de las disposiciones transitorias que, para evitar la desintegración de una o de las dos cámaras legislativas, por efecto del sorteo verificado oportunamente para su renovación, cuando no se preveía la reunión de la misma, en virtud de lo dispuesto por los artículos 64 y 70 de la misma Constitución en vigor, los que deben cesar siguieran en funciones hasta completar su período, prescindiendo del sorteo, dicha disposición transitoria no sería contradictoria con el principio expuesto ni con la inalterabilidad de los términos de los mandatos recibidos, porque en este supuesto ellos lo fueron por tres o por seis años, y no, por el que resultaron sorteados. El mandato no lo otorgaría la Convención, sino el pueblo, y la Convención solamente anularía el sorteo, a fin de evitar el llamamiento a elecciones por un término muy breve y para posibilitar el funcionamiento de dicho poder, que se elegiría de acuerdo a las

nuevas normas constitucionales, en la fecha y forma previstas por ellas. En el caso no habría prórroga de mandatos, sino anulación de sorteo, determinada por una razón de justificada necesidad, a los fines de poner en movimiento la reforma aprobada, en su caso.

Por las razones que anteceden, en el anteproyecto que redacté por encargo del bloque mayoritario de la Convención que se halla reunida en estos momentos, incorporé el artículo 300, que textualmente dice: "Los actuales mandatarios con plazos (o términos) pendientes, continuarán en su cargo hasta el vencimiento del mismo, debiendo verificarse la elección de sus reemplazantes en tiempo suficiente para entrar en funciones oportunamente. Los jueces y magistrados judiciales permanecerán en sus cargos hasta que fezca el término por el cual se les prestó acuerdo". Estimo que es la solución justa y legal.

#### LOS PRECEDENTES EXISTENTES EN EL PAIS Y EN EL EXTRANJERO

Con reserva de mi opinión acerca del valor del simple precedente, a que me he referido en el artículo aparecido en "La Unión", el día 13 del corriente, sobre el insólito caso de Mendoza, y sin incurrir en el "precedentismo agudo" aludido en él, al ser consultado por la dirección, me tomé el trabajo de benedictino de compulsar las disposiciones transitorias contenidas en las constituciones provinciales de los últimos setenta y cinco años y algunas extranjeras, que disponen sobre inalterabilidad de los términos de los mandatos, caducidad y prórroga o abreviación de los mismos, a fin de contrastarlas con la tesis expuesta precedentemente, y ella ha salido robustecida de esta rápida compulsas que, por razones obvias, se limitó a los textos y no puedo comprender las razones que en cada caso y oportunidad se dieron para incorporarlas. Las excepciones constatadas responden a razones o motivos circunstanciales de conveniencia partidaria o de oportunismo político, que, como hombre de derecho no puedo menos de repudiar. O rige el derecho o rige la arbitrariedad; no hay otra alternativa. El dilema es de hierro. O se aplica el principio enunciado al principio o se prescinde de él, en cuyo caso lo que se resuelva es antijurídico, aunque políticamente, o mejor, partidariamente, se encuentren razones para explicarlo, aunque no se justifique. Por esta razón,

nunca acepto la discusión con hombres de partido, porque los razonamientos y las argumentaciones de los políticos nunca podrán convencer a un hombre de derecho, a un jurista, que, por hábito mental y por convicciones arraigadas, no puede admitir “razones” o motivaciones que carecen de asidero legal o de valor jurídico, y, por consiguiente, de valor de convicción para un jurista.

Entre los antecedentes consultados, hay precedentes para todos los gustos, en uno y en otro sentido. La razón está en que en unos casos ha prevalecido el criterio jurídico, o constitucional, y en otros, la razón de Estado, el criterio partidario, la conveniencia política. Para no citar sino un ejemplo de la primera categoría, mencionaré la prudente norma que insinuaba bajo el artículo 152 de su importante anteproyecto para la Provincia de Mendoza mi distinguido y malgrado colega y coterráneo, el profesor doctor Faustino J. Legón (1943), que era una reacción contra lo dispuesto por el artículo 230 de la constitución vigente a la sazón en dicha Provincia, que declaraba en comisión a los funcionarios para cuyo nombramiento ella requería acuerdo, debiendo proceder el Poder Ejecutivo, dentro de los tres meses posteriores a su nuevo nombramiento, procedimiento que copió Perón para hacer la purga judicial a fines de 1949, de acuerdo a una cláusula similar de la constitución sancionada en dicho año. “Toda innovación legal —dice el profesor Legón, en esta parte— atinente a los cargos, empleos y funciones, arriesga derivar a injustos olvidos y lamentables cesantías, cuando se hagan retroactivas las nuevas exigencias” (*Anteproyecto*, p. 528). Hace referencia al sistema consagrado por la constitución brasileña de 1937, cuyo artículo 182, con otro espíritu, de no hacer daño a la magistratura, dispuso que los funcionarios no admitidos en la nueva organización judicial, serían jubilados, o puestos en disponibilidad con sueldos proporcionales al tiempo de servicios prestados, y agrega: “No siendo cosa esencial para el régimen político, las nuevas exigencias, conviene más imponerlas para lo sucesivo, y respetar las situaciones planteadas anteriormente, bajo el amparo de cláusulas legales” (*ib.*). Por eso, proponía una disposición transitoria, concebida así: “Artículo 152.—Los funcionarios o magistrados en actuales servicios, continuarán en sus cargos, aunque carezcan de alguno de los requisitos que exige esta Constitución para las designaciones futuras”.

En cambio, como ejemplo de la segunda categoría, puede mencionarse el mal ejemplo de la llamada “Constitución del 21”, de la Provincia de Santa Fe, cuyo artículo 183 ordenaba que la legislatura debería sancionar dentro del término de un año, las leyes orgánicas de tribunales y de procedimientos judiciales, y agregaba: “Promulgadas dichas leyes cesarán en su cargo todos los funcionarios y empleados (!) de la administración de justicia”. Enervada por un veto, muy discutido, durante 13 años, y puesta en vigencia, por ley, en 1934, la disposición transitoria fue rigurosamente aplicada sin que acierte a encontrarle ninguna excusa ni atenuante por su barbarie. Contrasta, en efecto, con la regla aconsejada por el profesor Legón, que años más tarde habría de figurar en la constitución alemana de Bonn (1949), bajo el artículo 132, párrafo 2º, que acordó a los jueces de aquel culto país que gozaban de inamovilidad y carecían de la calificación personal o función requerida por la nueva constitución, el derecho a retiro o el pase a disponibilidad, o a un cargo de menor sueldo, en la nueva organización judicial, dándoles además expresamente la garantía de la vía judicial para hacer valer esos derechos, y extendiéndolos a todos los empleados estables, del servicio permanente. Los precedentes de Mendoza (1916) y Santa Fe (1921-1934), debieron inspirar la cláusula mencionada de la constitución peronista de 1949. La elección entre uno y otro criterio no nos parece dudosa.

Felizmente, en otras provincias y en otras oportunidades, se ha aplicado la buena doctrina. Así, la Constitución de Buenos Aires (1934), en su artículo 203 dispuso: “Los actuales magistrados judiciales y los miembros de ambas Cámaras legislativas conservarán sus empleos en las condiciones establecidas en la Constitución vigente al tiempo de su nombramiento o elección”. ¿Qué necesidad, de orden público, existía, en efecto en 1916, en 1921, o en 1949, para exigir nuevo acuerdo a magistrados que lo tenían desde muy antiguo, de cinco, ocho o diez años antes, para permanecer en sus cargos, que habían desempeñado con honor y eficacia, como no fuera el móvil que inspira el sistema de los despojos, y la venganza política?

A este segundo y mal sistema pertenece la actual Constitución de Catamarca, cuyo artículo 238 dispuso: “Diez días después de la promulgación de esta constitución, cesará en sus funciones todo el personal actual del Poder Judicial, cuya renovación, con arreglo

a la nueva organización, deberá efectuarse dentro de dicho término". Es probable que el constituyente mendocino de 1916 o el santafesino de 1921, se inspiraran desgraciadamente en este mal precedente. Abrigo por ello la confianza que los actuales convencionales, que tienen la triste experiencia de 1949, no seguirán el malo, sino el buen ejemplo, que es el de la Provincia de Buenos Aires y otras provincias. También la Provincia de La Rioja, en virtud del artículo 157 de la reforma operada en 1933, dispuso: "Los actuales magistrados del Poder Judicial quedarán en comisión el día que entre en vigor la presente constitución". Advierto a los legos que este "estado en comisión" no está contemplado por la Constitución mencionada, y es un invento criollo para encubrir las ansias o el propósito de hacer vacantes y disponer de los cargos judiciales, para quebrar la independencia del Poder Judicial. Una larga y triste experiencia demuestra que, en nuestro país, al menos, estos dispositivos no sirven para mejorar la administración de justicia, sino para atarla al carro de los triunfadores electorales. Juzgue el lector de su juridicidad y de su justicia, por los resultados, de todos conocidos, aquí y allí, ayer, hoy y mañana. Y la finalidad partidista queda evidenciada, en esta misma Constitución de la vecina provincia, cuando su artículo 161 declara que los actuales magistrados que fueran confirmados en sus cargos, quedarían de hecho (¿o de derecho?), inamovibles, previo acuerdo legislativo. Es decir, que la inamovilidad se convierte en gracia que el gobierno que los confirma hace a sus beneficiados, pero que niega a los demás, por buenos que ellos fueren.

La Constitución de Tucumán vigente (1907) dispone en su artículo 152 que los jueces en ejercicio terminarán el período para el cual fueron electos. Igual sistema adoptó la Constitución sancionada en 1962 para Santa Fe, que en su apartado 2º del artículo 16, dice: "Los mandatos de los actuales jueces subsistirán hasta la finalización del período para el cual fueron designados y la inamovilidad regirá para los que se designen en lo sucesivo". Coincidente con la última parte, la de Corrientes (1960), dispone en su artículo 184 que la inamovilidad de los jueces entrará a regir al vencimiento del término por el cual fueron designados o sorteados los miembros del Superior Tribunal y Cámaras de Apelaciones y los jueces y el Ministerio Público, al término de cuatro años, ya sea que continúen en el mismo cargo o se los traslade o designe en otro, y aun cuando renuncien y sean designados de

nuevo. La Constitución de la Provincia del Chaco (1957), en su artículo 208, dice: "Los magistrados del Superior Tribunal de Justicia y jueces de primera instancia y del Tribunal del Trabajo, representantes del Ministerio Público y jueces de paz que se hallaban en funciones al 1º de mayo de 1958, continuarán en sus cargos hasta que el gobierno proceda a la reorganización del Poder judicial con arreglo a las normas de esta Constitución". La Constitución salteña (1929), dispone en su artículo 202, siguiendo el mal ejemplo: "Promulgada esta Constitución, se proveerá de inmediato al nombramiento de todos los magistrados del Poder judicial, incluso los jueces de paz y fiscales, de conformidad con lo prescripto en la presente Constitución". Solamente se salvaron los empleados! . . . La reforma operada en San Juan en 1927 respetó a los miembros de la Administración de Justicia hasta la expiración del término fijado en ella, que, de acuerdo al artículo 162, se consideraba iniciado a ese fin desde el día de su nombramiento. Por último, la Constitución de La Pampa (1960), incurriendo en la trampa la inamovilidad consagrada por ella misma, dispone en el artículo 121: "La inamovilidad establecida para los magistrados y funcionarios no regirá hasta tanto su designación se conforme al procedimiento fijado por esta Constitución".

Como se ve por esta simple y descarnada relación de antecedentes, el propósito de respetar la inamovilidad y los principios de justicia en orden a la conservación de los cargos del Poder judicial y el opuesto de disponer de ellos, están patentizados en uno y otro de los sistemas o categorías de criterios expuestos. No es difícil concluir cuál debe ser seguido y cuál rechazado.

En cambio, merece citarse como ejemplo, la Constitución de Misiones (1958), cuyo artículo 7º de las transitorias dispone: "A partir de la sanción de esta Constitución, los actuales magistrados en ejercicio, componentes del Superior Tribunal de Justicia gozarán de las garantías, derechos y prerrogativas establecidos en esta Constitución", es decir, que automáticamente pasaron a gozar de la inamovilidad y demás seguridades de la independencia del Poder judicial.

Rev Ciencias Jurídicas  
# 9. 1967

## LAS ACCIONES COMUNES U ORDINARIAS

FRANCISCO MORELLI C.  
Titular de Derecho Comercial.

No obstante el especial matiz nacionalista con que los autores suelen señalar el origen de las diferentes instituciones jurídicas, es indudable que Italia ha sido la cuna del Derecho mercantil. La nación del sol no solamente puede ostentarse orgullosa de haber determinado el nacimiento de esa disciplina jurídica — hoy con plena sustantividad —, sino que actualmente conserva esa señalada tradición al contar con los mejores mercantilistas del mundo.

Al calor de las investigaciones de derecho, realizadas por los juristas italianos, se ha ido perfeccionando el Derecho comercial, el cual ha marchado paralelo, regulándolo y fortaleciéndolo, con el régimen capitalista en que vivimos.

Una de las instituciones jurídicas típicamente de origen italiano, es una sociedad anónima. Creada en las ciudades italianas de la Edad Media, se extendió por todas partes del mundo como impulsada por el viento. Es tal su significación e importancia, que ha marcado toda una época en la historia de la legislación comercial. Sin ese instrumento jurídico que es la sociedad por acciones, no podríamos explicarnos la realización de todas esas obras, que como portento de la humanidad, suele ofrecer a los hombres la civilización moderna.

La sociedad anónima no ha tenido en nuestro país una gran divulgación, a no ser cuando se la usa como instrumento legal para defraudar el pago de los impuestos sucesorios. Nuestro comercio es de carácter fundamentalmente familiar, que no se conforma con la sociedad por acciones. Es por eso que la sociedad de responsabilidad limitada ha tenido en Costa Rica un éxito definitivo, que hoy conserva todavía, muy difícil de superar.

Sin embargo, se ha venido advirtiendo en el país un mayor auge en la formación de las sociedades anónimas, lo cual es debido,

seguramente, a que se cuenta con una mejor legislación, así como a la demanda que de ella hace la integración económica centro-americana.

Consecuente con lo expuesto anteriormente, se va a analizar, someramente, y conforme con nuestro propio Código de Comercio, uno de los aspectos de mayor relieve en la Sociedad Anónima, el relativo a las acciones comunes, llamadas también por nuestra ley, acciones ordinarias.

### 1) —Concepto de la Sociedad Anónima.

De acuerdo con las características mismas que nos brinda el Código de Comercio, podemos afirmar que la Sociedad Anónima es una sociedad comercial, capitalista, que opera bajo una denominación social, y cuyo capital está dividido en títulos negociables denominados acciones, y en la cual los socios tienen limitada su responsabilidad al monto de sus aportes.

Conforme a este concepto, que como expresamos se desprende de los propios términos de la ley, son características de las sociedades anónimas, las siguientes:

a) —Se trata de una sociedad o compañía. Por consiguiente, a su fundación deben concurrir dos o más personas físicas o jurídicas. (Artículo 104, inciso a) del Código de Comercio).

No obstante que la Sociedad Anónima requiere para su formación que haya dos o más personas como mínimo, nada impide que durante la existencia de la empresa todas las acciones lleguen a pertenecer a una sola persona, sin que eso sea motivo de disolución de la sociedad, conforme a lo establecido en el artículo 202 del Código de Comercio. Salvo la excepción que sobre el particular se consigna, tratándose de bolsas de comercio, en el artículo 398 del Código de Comercio.

b) —La Sociedad Anónima es invariablemente comercial, y por tanto, se trata de un comerciante social, con arreglo al inciso c), artículo 5º del Código de Comercio.

La Sociedad Anónima tiene la condición de comercial, independientemente de sus fines u objetivos. Al respecto los artículos 5º, inciso c) y 17 del Código de Comercio sientan esa regla, siguiendo el conocido sistema formal para la calificación de comerciante de una persona.

Podrá la sociedad dedicarse a fines totalmente ajenos al comercio, que siempre conservará su condición de comercial, por el simple hecho de haberse organizado como tal de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código de Comercio.

c) —La Sociedad Anónima es capitalista o de capital, en el sentido de que sus integrantes valen por lo que aportan y no por lo que son personalmente. La condición o cualidades personales de los accionistas en realidad no reviste mayor significación jurídica.

Ese carácter marcadamente capitalista de la Sociedad Anónima suele proyectarse en las siguientes consecuencias legales:

I. —La Sociedad Anónima no tiene razón social sino un nombre distintivo de su objeto o finalidad (arts. 103 y 245, párrafo 2º del Código de Comercio). Sin embargo, por una jurisprudencia de nuestro Tribunal de Casación, se ha permitido la formación de denominaciones sociales en las sociedades anónimas, empleando nombres completos o parte del nombre de personas físicas, aun sin el consentimiento de ellos.

II. —Los socios tienen limitada su responsabilidad al pago únicamente de sus aportaciones (art. 102 del Código de Comercio). Esto significa que los accionistas únicamente están obligados al pago del capital suscrito, y que por ningún concepto pueden ser obligados al pago de una mayor suma que la prometida en la suscripción.

III. —Cada acción común constituye un voto (art. 139 del Código de Comercio).

IV. —Libertad plena en el traspaso de las acciones, como títulos destinados a la circulación económica. El traspaso de una acción constituye también el traspaso de la condición de socio. La única restricción a esta regla, relativa a la libre disposición de las acciones, es la que consagra el artículo 138 del Código de Comercio, cuando en la escritura social se estipula que la transmisión de acciones nominativas solo puede operarse con la autorización del Consejo de Administración. Restricción ésta, que para que pueda afectar a terceros adquirentes de estos títulos, debe aparecer expresamente en el texto mismo de las acciones.

d) —La Sociedad Anónima opera bajo una denominación social, vale decir, que su nombre debe hacer referencia al objeto

de la sociedad o bien ponerle el nombre que los socios quieran darle libremente. Pero, definitivamente, conforme al artículo 245, párrafo 2º, su nombre comercial nunca puede ser una razón social, ya que este último distintivo es propio y exclusivo de las sociedades personalistas.

e) —Por último, y constituyendo en nuestro país una característica exclusiva, el capital social de la Sociedad Anónima está representado por títulos negociables denominados acciones. En otros países de esta cualidad también participa otro tipo de sociedad comercial, la sociedad en comandita por acciones, que como es sabido, fue eliminada, sin razón alguna, por el nuevo Código de Comercio.

Es tal la importancia de esta característica que inclusive ha sido elemento suficiente para darle una denominación diferente a la Sociedad Anónima. Así tenemos cómo muchas legislaciones, incluyendo el Código civil italiano, llama a esta sociedad "Compañía por Acciones". Lo propio hace en algunas ocasiones el nuevo Código de Comercio, tal como aparece en el artículo 245 y en otras disposiciones.

## 2) —Concepto de la acción y faces de su estudio.

Las acciones, en las sociedades anónimas, son fracciones del capital social, representadas por títulos valores negociables, que dan a su tenedor la condición de socio.

Por consiguiente, y conforme al anterior concepto, la acción puede considerarse desde tres faces diferentes, tal como ha venido ocurriendo en la mejor doctrina: a) como parte del capital social; b) como título valor; y c) como base de la condición y traspaso de la calidad de accionista.

### I.—LA ACCION COMO PARTE DEL CAPITAL SOCIAL.

La acción, en forma invariable, y de acuerdo con nuestro Código de Comercio, representa siempre una parte o fracción del capital social. Así lo consagra nuestra legislación comercial en el artículo 120, párrafo 2º. Por tanto, la acción supone siempre una real y efectiva aportación patrimonial. Dicha aportación puede

hacerse en diferentes clases de bienes y valores (art. 132 del Código de Comercio), pero siempre estará representada por un título valor negociable que será la acción.

De acuerdo con esta faz de la acción, como parte del capital social, podemos obtener las observaciones siguientes:

- a) Si la acción representa una parte del capital social, todo aporte distinto del numerario, debe ser valorado en la misma escritura social art. 18, inciso 9) del Código de Comercio;
- b) Toda acción debe consignar un valor expresado en dinero efectivo (inciso d) del art. 134 del Código de Comercio). Por consiguiente, la suma de la totalidad de las acciones emitidas por la compañía, debe necesariamente coincidir con el monto total del capital social;
- c) Las acciones representan "partes iguales" del capital social. Bajo esta idea, la acción es indivisible, vale decir, que la acción no puede ser dividida para los efectos de hacer uso de los derechos que ella incorpora. Cuando una acción pertenece a dos o más personas, debe seguirse el procedimiento indicado en el artículo 123 del Código de Comercio; Asimismo, de este principio se desprende la regla de que no es posible la emisión de acciones de distinto valor nominal.
- d) Si la acción representa una parte del capital social, nuestro Código de Comercio, consecuente con ese principio, prohíbe la emisión de acciones sin valor, cuya función no es la de representar justamente parte o fracciones del capital social, sino fracciones del patrimonio social, entendiéndose por patrimonio social, no la suma de las aportaciones hechas o prometidas, sino la suma efectiva de todos y cada uno de los bienes con que cuenta la compañía en un momento determinado (art. 120 del Código de Comercio);
- e) Toda acción, como quedó establecido, debe necesariamente tener un valor nominal. Ese valor nominal de las acciones lo señala en forma incorrecta y sin propiedad, el artículo 120 del Código de Comercio, al disponer que las acciones serán de un valor nominal igual a la unidad monetaria correspondiente, a sus múltiplos y submúltiplos. Se entiende y comprende bien que las acciones se emitan en proporción igual a

la unidad monetaria correspondiente o a sus múltiplos, como ocurre en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 79 del Código de Comercio), pero no se comprende que puedan ser emitidas por submúltiplos de esa suma. Por el contrario, respondiendo la Sociedad Anónima a la gran industria, en otras legislaciones se establece un mínimo de capital social para estas compañías, cuya disminución, en cualquier momento de su existencia, provoca la disolución de la misma;

No es lógico pensar entonces, de acuerdo con las normas jurídicas expuestas, que en Costa Rica se permita la constitución de una Sociedad Anónima con dos personas únicamente, cada una de las cuales suscriba una acción por la suma de diez céntimos o menos, todo por permitirlo nuestra ley;

f) Las cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada no representan partes del capital social, no obstante así decirlo el artículo 78 del Código de Comercio. Las cuotas, en su verdadera significación, son partes o porciones del capital social, y no documentos negociables con el carácter de títulos valores. Lo más que se puede hacer en materia de cuotas es la emisión de documentos probatorios, denominados "Certificados" que no están en modo alguno destinados, como los títulos valores, a la circulación económica, y siempre que se exprese en ellos la regla de que no pueden transmitirse por endoso; y

g) Las acciones de trabajo, en una buena doctrina, no representan partes del capital social, por no ser el trabajo objeto de una aportación patrimonial en las sociedades capitalistas. Desgraciadamente, no ocurre lo mismo en nuestro Código de Comercio, al permitir el artículo 32 de ese cuerpo de leyes, aportar, en cualquier tipo de sociedad comercial, trabajo personal o conocimientos técnicos. Como podrá comprenderse, esta regla impensada y absurda de nuestro Código de Comercio, en función de la Sociedad Anónima, será fuente inagotable de defraudaciones y perjuicios para las terceras personas que contratan con esa sociedad. Es de imperativa necesidad una reforma de nuestro Código de Comercio en el sentido de establecer que esa regla del artículo 32 no se aplica a las sociedades capitalistas, cuyos capitales deben integrarse con aportaciones definitivamente patrimoniales, que sirvan de efectivo respaldo a los acreedores.

## II.—LA ACCION COMO TITULO VALOR.

Las acciones en la Sociedad Anónima son títulos valores. Así lo establece el artículo 685 del Código de Comercio. A la acción como título valor, de carácter corporativo, se refieren también los artículos 120, 132, 140 y 142 del Código de Comercio.

Por consiguiente, la exhibición material de las acciones es necesario para ejercer todos y cada uno de los derechos, de carácter complejo, que el título incorpora.

La acción no es un título valor crediticio, vale decir, un documento que incorpora un derecho de crédito. No obstante, que una vez hechas las reservas contempladas en la escritura social, y acordada la distribución de utilidades por la Asamblea de Accionistas, nace en favor del socio un derecho para el cobro de los dividendos que le correspondan (art. 143 del Código de Comercio). La verdad es que además de ese derecho, el título incorpora un complejo de derechos de muy diferente calidad, que convierten al título en un documento corporativo.

En ese orden de ideas, la acción como título valor, participa de las características que el artículo 667 del Código de Comercio confiere a los títulos valores, es decir, incorporación, legitimación, literalidad y autonomía. Veamos:

a)—**Incorporación:** La acción incorpora un complejo de derechos subjetivos que corresponden a su legítimo tenedor. Es un título valor corporativo. Su exhibición material es indispensable para ejercer los derechos que corresponden al accionista (art. 132 del Código de Comercio). Salvo las excepciones que esa misma disposición contiene.

b)—**Legitimación:** Así como la incorporación alude al contenido del derecho, la legitimación se refiere al ejercicio del mismo. La exhibición material del título es el requisito mínimo para el ejercicio de los derechos a que el documento se contrae. Con su presentación material, el tenedor queda activamente legitimado para ejercer esos derechos. En las acciones al portador, el principio de la legitimación se manifiesta en forma bastante intensa, siempre y cuando concurren las condiciones de justo título y buena fe a que se refiere el artículo 716 del Código de Comercio. Y en

las acciones nominativas, además de la presentación material del documento, es indispensable comprobar el derecho de propiedad sobre los títulos mediante el respectivo asiento de traspaso en el Registro de Accionistas, que como libro necesario debe llevar la compañía.

c)—**Literalidad:** Los derechos contenidos en la acción se miden conforme al tenor literal de su texto. Así para esos efectos, y como títulos destinados a la circulación, la acción debe contener los requisitos que señala el artículo 134 del Código de Comercio. Habida cuenta de esta regla el accionista no puede pretender más derechos que los incorporados al tenor literal del título.

Sin embargo, se ha discutido, en orden a la literalidad, las contradicciones, perfectamente posibles, entre el texto literal del documentos y la inscripción del Registro Mercantil. Ultimamente la doctrina, especialmente la italiana, se ha inclinado por conferir mayor valor a las inscripciones operadas en el Registro Mercantil. Nos parece una solución satisfactoria.

d)—**Autonomía:** El principio de la incorporación se da especialmente en los títulos valores a la orden, en el sentido de que al actual tenedor del documento no le son oponibles las excepciones personales que si podían oponerse al anterior o anteriores trasmisores. El principio obedece a la razón de procurar una mayor seguridad en el tráfico, como regla cumbre del Derecho Comercial; por tanto, tiene poca aplicación en lo referente a la transmisión de acciones como documentos al portador o nominativos.

Las acciones comunes, como títulos valores, son de dos clases:

**Nominativas:** Se expiden a favor de una persona en particular cuyo nombre aparece en el texto del documento. El medio jurídico de transmisión es mediante el contrato de cesión y la correspondiente inscripción en el Registro de Accionistas. Conforme a nuestra ley, es necesario emitir acciones nominativas en los siguientes casos:

a) Cuando el capital social no esté íntegramente pagado, como un medio de control en favor de la compañía para determinar quien o quienes son los deudores de la sociedad por la parte insoluble de las acciones, a fin de poder establecer las correspondientes acciones ejecutivas;

- b) Cuando la sociedad se establece entre parientes o con empleados, para efecto de evitar evasión en el pago de las mandas sucesorias;
- c) Cuando la ley exige determinada nacionalidad de los socios, como sucede con las sociedades dirigidas a establecer empresas de radio y televisión; y
- d) Cuando la ley así lo establece expresamente, como ocurre entre nosotros con las sociedades anónimas establecidas para operar bolsas de comercio (art. 398 del Código de Comercio).

**Al portador:** Son aquellas que no se expiden a favor de ninguna persona en particular, y cuya transmisión se hace por la simple entrega material de los títulos. No pueden emitirse estas clases de acciones en los casos señalados anteriormente, así también cuando se pretende establecer alguna limitación a la libre enajenación o transmisión de las mismas, porque entonces la acción deberá ser necesariamente nominativa, única forma que el Consejo de Administración pueda controlar la circulación de estos documentos.

Como puede advertirse, no hay en nuestro país, como sí ocurre en algunos, acciones a la orden, que pudieran transmitirse por endoso.

### III.—LA ACCION COMO EXPRESION DE LA CALIDAD DE SOCIO.

El tercer y último aspecto de la acción en las sociedades anónimas, es que constituye el fundamento de la calidad de socio. El socio en la Sociedad Anónima se denomina accionista. La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Por consiguiente, la acción incorpora los derechos propios del accionista y transmite su calidad. Derechos que fundamentalmente pueden reducirse a los siguientes, conforme a nuestro Código de Comercio:

- a) Derecho de asistir a las asambleas de accionistas. En las acciones al portador, basta al socio exhibir el documento. En las acciones nominativas, además, debe aparecer como tal en los Libros de la Sociedad;

Rev. Ciencias Jur. #9. I. 1967

**EL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES  
CONFORME A LAS LEGISLACIONES ITALIANA  
Y COSTARRICENSE**

Lic. FERNANDO MORA ROJAS

Este tema, "Del Capital", debió haber sido tratado, si no al principio, al menos después de la magnífica conferencia del licenciado Francisco Morelli. Tanto así, que el licenciado Morelli y el licenciado Octavio Torrealba, se vieron en la necesidad de hacer comentarios y análisis de aspectos que en realidad pertenecen a la conversación de hoy, ya que tales aspectos eran el antecedente necesario de su propio tema.

Intentaremos, pues, estructurar los puntos que ya fueron tratados y analizados en forma tan clara por los licenciados Morelli y Torrealba, de modo que lleguemos a establecer una idea más o menos completa de la función del capital en una sociedad por acciones, cómo se integra y desintegra, qué garantías existen para salvaguardar su integridad en beneficio de los acreedores y otros aspectos que ya iremos viendo a través de la conversación de hoy.

**I.—LA CONSTITUCION DE UN FONDO SOCIAL COMO REQUISITO PARA LA EXISTENCIA DE TODA SOCIEDAD.**

a) —Objeto determinado o indeterminado. Mixto. - Fin lucrativo.

Como en toda sociedad, en la sociedad por acciones la intención de los socios va encaminada a la realización, con ánimo de lucro, de determinados, y aún de indeterminados, tipos de negocios. Vendrían a ser determinados en los casos en que en el acto constitutivo específicamente se dice el tipo de negociaciones en que la sociedad va a emprender, e indeterminados cuando simplemente se expresa que la sociedad emprenderá en todas las ramas lícitas de la industria y del comercio.

- b) Derecho de los socios de examinar los libros, correspondencia y demás documentos de la sociedad (art. 26 del Código de Comercio);
- c) Derecho del socio de pedir la convocatoria a Asamblea de Accionistas, conforme a los términos de los artículos 141, 160, 161 y 162 del Código de Comercio;
- d) Derecho del socio de hacerse representar en las asambleas de accionistas conforme a los términos del artículo 146 del Código de Comercio;
- e) Derecho del socio de percibir las utilidades a que tiene derecho conforme a la escritura constitutiva, sin que sea posible, en orden a las acciones comunes, excluirlo de la participación en las ganancias (art. 25 del Código de Comercio);
- f) Derecho del accionista de hacer uso de las facultades que como tal le corresponden, no obstante estar embargadas o dadas en prenda sus acciones; y
- g) Derecho del accionista a una cuota de liquidación, una vez disuelta la sociedad.

En la mayor parte de los casos la intención de los socios es realizar determinado tipo de negociaciones, pero a fin de quedar en libertad de emprender, usando el mismo instrumento jurídico creado, en todos aquellos negocios que pudieren venir a resultar lucrativos, se establece un objeto que podríamos llamar mixto: sociedades que, además de tener como objeto ramas concretas del comercio o de la industria, quedan autorizadas para realizar operaciones dentro de cualesquiera otras actividades lícitas industriales o comerciales.

Todo ello con el fin exclusivo de darle flexibilidad a la sociedad para así alcanzar más fácilmente el propósito fundamental al crearle, cual es la obtención de un lucro ilimitado.

#### b)—Necesidad de un patrimonio real para alcanzar el fin de lucro.

Ahora bien. Si la intención de los socios es obtener, mediante la sociedad, lucro ilimitado, lógicamente deben dotar a la persona jurídica que están creando, de un patrimonio real. O sea, que no puede haber una sociedad sin patrimonio. Entiéndase patrimonio no en el sentido clásico de posibilidad de derechos y obligaciones, sino en un sentido real: vale decir que los socios, a la hora de la constitución, deben, cada uno de ellos, entregar bienes reales y efectivos, valorables en dinero.

Lo que hemos denominado un patrimonio real es lo que los autores y la legislación italiana denominan "fondo social". Podemos también llamarlo capital social pero en el sentido de capital real y no, como veremos, en el sentido de capital jurídico ni mucho menos en el de capital contable o desde el punto de vista contable.

#### c)—No existe sociedad si no hay patrimonio (Vivante).

Como bien lo expresa el profesor Vivante, cuando los socios no realizan ese desprendimiento patrimonial, a fin de que la nueva persona jurídica colectiva creada por ellos pueda tener un patrimonio separado, no existe sociedad. "Por tanto, no hay sociedad si cada contratante continúa disponiendo de lo que ha aportado, como sucedería en el caso de que varios comerciantes convinieran en dividirse las utilidades de sus tiendas explotándolas separadamente" (Vivante).

#### d)—Impulso económico para obtener lucro.

Así, pues, nos resulta claro, que pretendiendo los creadores de la persona jurídica colectiva obtener lucro dentro del campo lícito del comercio o de la industria, deben natural y necesariamente dotar a ese ente de su creación, de un impulso económico inicial cuya renta venga posteriormente a constituirse en los dividendos o ganancias precisamente perseguidos con su creación.

#### e)—Aplicación de los conceptos anteriores a la sociedad por acciones.

Y todo esto que hemos venido puntualizando resulta especialmente aplicable cuando lo referimos a la sociedad por acciones que por definición es una sociedad de capital, y aún más, es, como la llama el profesor Ascarelli, una sociedad "capitalista". La sociedad por acciones es el gran instrumento de los negocios del sistema económico capitalista y merece en realidad los encomiosos conceptos que a su favor fueron expresados por el licenciado Morelli en su magnífica conferencia.

## II.—PATRIMONIO SOCIAL Y CAPITAL SOCIAL.

Podemos ahora entrar al análisis y comparación de los conceptos de patrimonio y capital, sociales.

#### a)—Patrimonio real estimado: capital social.

Según hemos visto, el patrimonio real nace de las aportaciones que cada uno de los socios y todos ellos, hacen al ente que crean.

Este patrimonio real, al ser trasladado, en el acto de constitución recibe una estimación, una valoración traducible en dinero, en numerario, y es esa estimación lo que en el contrato de sociedad viene a constituir el capital social.

El capital social es pues, la estimación en dinero que, en el acto del contrato de sociedad mismo, se le ha dado a cada uno de los bienes aportados por los socios. O sea, la estimación que se le ha dado al capital real aportado.

Este capital real hace nacer para el ente jurídico un cúmulo de relaciones jurídicas de propiedad, de goce y de garantía. De propiedad cuando le son transferidos en ese título bienes muebles o inmuebles o derechos; de goce cuando lo que se le transfiere es por ejemplo derecho de explotación de marcas de fábrica; y de garantía en cuanto puede, por ejemplo, en contra del suscriptor que no completa el precio de las acciones que ha suscrito, ejercer derechos determinados como por ejemplo el cobro por la vía ejecutiva de la diferencia que aún se le debe del precio dicho.

b)—Patrimonio real, capital social y patrimonio social.

Podemos decir entonces que la noción de patrimonio real, a través de la de capital social, se ha llegado a convertir en la de "patrimonio social".

c)—Patrimonio social: patrimonio real o relaciones nuevas.

El patrimonio social, es pues, el conjunto de relaciones jurídicas que pertenecen a la sociedad. Y, como podemos ver, la noción original de patrimonio real, que al nacimiento de la sociedad es más o menos de igual estimación que el capital social, al entrar a constituir el concepto de patrimonio social, pierde su constitución puesto que el patrimonio social no es ya un conjunto de bienes, derechos y servicios entregados u ofrecidos, bajo pena de ejecución forzada, sino que viene a ser un conjunto de relaciones jurídicas entre las que se encuentran, además de las que forman parte del capital real, otras nuevas nacidas del acto mismo constitutivo, como son por ejemplo las de garantía, a su favor y en contra de los socios mismos.

d)—Patrimonio social = capital efectivo (Vivante).

Capital efectivo <—> capital nominal.

El patrimonio social, sea ese conjunto de relaciones jurídicas a favor de la sociedad y traducibles en dinero, es lo que el profesor Vivante denomina capital efectivo.

Capital efectivo se contrapone al concepto de capital nominal, sea el que nosotros hemos denominado capital social. Es la valo-

ración en numerario que en el acto constitutivo se le ha dado a la totalidad de los aportes hechos por los socios. El capital nominal es pues, la valoración que en el acto constitutivo se le ha dado al patrimonio real.

e)—Patrimonio social: cambiante. - Capital social: fijo.

La oposición entre capital efectivo y capital nominal, o sea entre patrimonio social y capital social, es entonces sumamente clara: el patrimonio social o capital efectivo es un ser cambiante, sujeto a las vicisitudes de los negocios sociales: si estos son lucrativos aumentará y se colocará por sobre el capital social, permitiendo inclusive, al final del período fiscal, el reparto de dividendos; pero si los negocios sociales no resultan lucrativos, el patrimonio social o capital efectivo, estará por debajo del monto del capital social o capital nominal.

En cambio, el capital social o nominal, se mantiene inalterable, en una misma cifra constante, y sólo puede ser variado siguiendo determinados trámites y mediante acuerdo de asamblea general.

f)—El patrimonio social debe equilibrarse con el capital.

El capital social no viene a ser, durante la vida de la sociedad, sino un dato contable, una cifra en los libros y a la que el capital efectivo o patrimonio social debe al menos igualar, y si se pretende repartir dividendos, debe sobrepasar.

Para emplear el símil del profesor Vivante, diremos que el capital nominal llena frente al patrimonio o capital real la función de un recipiente destinado a medir el grano, que ora supera la medida ora no llega a colmarla.

g)—Capital, patrimonio y balance.

Y como ya nos fue claramente explicado por el licenciado Torrealba, "La diferencia entre el patrimonio, siempre mudable, y el capital, cifra constante, no viene acompañada en el balance por ninguna variación del capital fijo, sino por la viariación de los fondos accesorios, de las reservas, de las ganancias, y de las

pérdidas que adjuntos al capital corresponden al entero patrimonio de la sociedad" (Vivante).

### III.—ESTRUCTURACION DEL CAPITAL SOCIAL.

Según dejamos establecido, los socios deben, para dar verdadera vitalidad a la sociedad, entregar a ésta una porción de su patrimonio personal a fin de que aquélla llegue a tener un patrimonio real en el acto de la constitución. También vimos cómo el patrimonio real, de la sociedad, estimado en dinero viene a ser el capital social.

Nos corresponde ahora examinar con qué elementos puede ser estructurado ese patrimonio real y por lo tanto qué elementos estimados en dinero vendrán a constituir el capital social.

#### a)—Aportaciones.

La porción de su patrimonio que cada contratante entrega a la sociedad, o que promete entregar, recibe técnicamente la denominación de "aporte o aportación".

#### b)—La aportación no implica traslación, tradición.

Debe entenderse que la aportación no implica necesariamente los actos de tradición propios para cada tipo de bienes aportados, sino que se entienden aquellos aportados con la sola suscripción de las porciones del capital social. Desde ese momento nace para la sociedad un derecho contra el suscriptor que le permitiría hacer efectivas las aportaciones por las vías legales necesarias, inclusive, según ya lo habíamos afirmado, por la vía ejecutiva en determinados casos.

Debe entenderse así en vista de lo dispuesto por el aparte a) del artículo 106 del Código de Comercio cuando establece que en la escritura de constitución de la Sociedad Anónima deberá expresarse "a) Monto del capital pagado y, cuando sea del caso, el autorizado y suscrito", si se relaciona con el inciso 8) del artículo 18 del mismo Código, que establece que, en la escritura social debe expresarse "el monto del capital social y la forma y plazo en que deba pagarse".

Es claro, pues, que la aportación es un acto que no necesariamente implica la tradición de los bienes aportados, aunque no la excluye, naturalmente.

#### c)—En qué pueden consistir las aportaciones.

He aquí un real y verdadero problema planteado por nuestra legislación comercial, que analizaremos adelante.

El Código italiano con meridiana claridad manifiesta (art. 2342) que las aportaciones pueden consistir en "dinero efectivo, bienes en especie o créditos".

Las aportaciones en especie podrían ser, por ejemplo, de bienes muebles o inmuebles, instalaciones industriales, marcas de fábrica, derechos de arrendamiento, contratos de suministro o de cualesquiera otros tipos, mercancías, derechos de autor o patentes industriales y en general todos aquellos bienes susceptibles de adquirir un valor de uso o de cambio, que por razones de conveniencia para la sociedad vengan a tener interés para su explotación. Y en otros términos, podrían aportarse como bienes en especie todos aquellos que no siendo ni dinero efectivo ni créditos, produzcan una rentabilidad a la sociedad, siempre tomando en cuenta el criterio de que a ésta fundamentalmente le interesa el lucro, habiendo sido creada precisamente con esa finalidad.

#### d)—Obligaciones del aportante en especie.

Lógicamente, del acto de aportación de bienes en especie nacen para el otorgante varias obligaciones como por ejemplo vendrían a ser:

- a) La de entrega del bien a la sociedad;
- b) La de hacerle adquirir, a ésta, la propiedad de la cosa o del derecho, si la adquisición no es efecto inmediato del contrato; y
- c) La de garantizar a la sociedad de la evicción y de los vicios de la cosa.

La primera obligación implica que el bien debe ser entregado a la sociedad en el estado en que se encontraba en el momento del acto constitutivo.

La segunda obligación implica que si el bien aportado no se encuentra actualmente en el patrimonio del aportante, debe éste procurar que la sociedad llegue a ser su propietaria, por todos los medios legales a su alcance.

La tercera obligación implica que el aportante responde por el bien si en cualquier momento terceros de mejor derecho llegaren a demostrar ese derecho. Esto implica, que si algún tercero llega a desposeer legalmente a la sociedad del bien aportado, el aportante responde tanto del valor del bien como de los daños sufridos por la sociedad tales como pago de frutos que correspondían al tercero y gastos del juicio que fuere incoado.

Asimismo está obligado el aportante a redimir los vicios de la cosa que aportó, en los términos de la ley.

Resulta obvio decir que todos estos aspectos de derecho nacen de la circunstancia de que por todos los medios debe mantenerse la integridad del capital social, en este caso no solamente en beneficio de los acreedores de la sociedad, sino también en beneficio de los demás socios.

#### e)—La aportación de créditos (art. 32 del Código de Comercio).

Hemos dicho que las aportaciones pueden también consistir en créditos a favor del aportante.

El artículo 32 del Código de Comercio reza que cuando el aporte fuere "en créditos u otros valores, la sociedad los recibirá a reserva de que se hagan efectivos a su vencimiento y si así no ocurriere, los devolverá al socio que los haya aportado, con el requerimiento de que debe pagar el aporte en dinero dentro de un término que le fijará y que no será menor de un mes. Si no hiciere el pago dentro de ese plazo, se le excluirá de la sociedad y cualquier entrega parcial que hubiere hecho quedará en favor de la compañía como indemnización fija de daños y perjuicios".

La legislación italiana en este aspecto establece que el que entregare como aportación créditos, responde de la insolvencia del deudor; y establece también el Código italiano (art. 2344) que las acciones del socio moroso pueden ser vendidas mediante agente de cambio o institución de crédito pudiendo retener las sumas

cobradas aunque no se vendan las acciones, y pudiendo cobrar además daños y perjuicios.

En términos generales podemos decir que hasta aquí, salvo pequeñas variantes, nuestra legislación y la italiana emplean un mismo sistema.

#### f)—Aporte del trabajo personal y conocimientos (art. 2349 del Código de Comercio italiano).

Donde aparece una diferencia radical es en los demás bienes que nuestra legislación admite como posibles para ser aportados al capital de la sociedad: así, dice el artículo 29 del Código de Comercio que pueden los socios aportar, a efecto de formar el capital social, **trabajo personal o conocimientos.**

Como ya lo dijimos, el artículo 2342 del Código italiano, autoriza hacer aportaciones únicamente en dinero efectivo, en bienes en especie o en créditos. Sin embargo el artículo 2349 de ese Código establece:

"Artículo 2349.—Acciones a favor de los prestadores de trabajo. En caso de asignación extraordinaria de utilidades a los prestadores de trabajo dependientes de la sociedad, pueden ser emitidas, por un monto correspondiente a dichas utilidades, categorías especiales de acciones a asignar individualmente a los prestadores de trabajo, con normas particulares con respecto a la forma, a los modos de transferencia y a los derechos correspondientes a los accionistas EL CAPITAL SOCIAL DEBERA SER AUMENTADO EN LA MEDIDA CORRESPONDIENTE".

El profesor Brunetti dice que el aumento debe ser real, con las reservas, según su interpretación, pero admitiendo que puede ésta ser equivocada "porque el artículo 2349, tal como está redactado no tiene precedentes en Italia y no se nos ha proporcionado ningún antecedente de los trabajos preparatorios ni de otro comentarista...", explicando que la disposición en estudio carece de toda técnica.

En la legislación italiana, esta disposición se dictó con el fin de dar un cierto tipo de participación en los beneficios de la sociedad a los trabajadores, pero, como bien lo apunta el profesor Brunetti, en realidad las acciones que se deriven de tales prestaciones de trabajo, no se diferencian de las llamadas acciones de disfrute.

Ya hemos visto que una acción de disfrute es aquella que se le entrega al socio cuya acción de capital ha sido reembolsada de acuerdo con lo establecido en los estatutos de la sociedad, por considerar que, como expresa el profesor Vivante, sigue vinculado a la sociedad y mantiene derechos a participar en los dividendos y eventualmente también en el reparto del haber social.

Pues bien. La doctrina italiana manifiesta que las acciones de trabajo no son sino una modalidad de participación en los beneficios en igualdad de condiciones que la que tienen los poseedores de acciones de disfrute: es decir, sin haber realmente aportado bienes al capital participan de los beneficios.

Por lo consiguiente, admitir que el capital social debe ser aumentado en proporción a las acciones de trabajo que se emitan, es una violación al principio de derecho societario imperante, de que el poseedor de acciones debe ser únicamente aquél que transmite a la sociedad bienes susceptibles de apropiación, definitivamente, por parte de la sociedad, no pudiendo estar en esta categoría el trabajo personal, puesto que vincular el trabajo personal en forma definitiva al patrimonio de la sociedad implica la creación de una especie de servidumbre. Ahora bien. Como el profesor Brunetti lo admite, en vista de la forma en que se encuentra redactado el artículo 2349 no queda sino admitir que los accionistas de trabajo son también accionistas de capital, con derecho a participar no solamente en los dividendos sino también en el reparto del haber social.

Manifiesta el autor que hemos citado lo siguiente, que ilustra perfectamente el criterio que le merece la disposición en comentario:

"Pero las dificultades interpretativas de esta infeliz disposición no terminan aquí: Los prestadores de trabajo a los que han de ser individualmente asignadas las acciones forman una masa fluctuante: hoy están; mañana, no; hoy la empresa tiene cien obreros, dentro de seis meses puede tener quinientos, o la mitad. ¿Cómo se puede hablar de una asignación individual y, por consiguiente, nominativa?"

g) —Origen de la disposición en Costa Rica. *art 29 c d*

Trasladémonos ahora a nuestra legislación: no sabemos en realidad de dónde tomó nuestro legislador la ocurrencia de incluir entre los efectos aportables como partes a formar el capital social

el trabajo personal o los conocimientos. A veces podríamos creer que leyendo el Código italiano pensaron que el legislador había olvidado incluir dentro del artículo 2342, que habla de lo que se puede aportar, las prestaciones de trabajo referidas en el artículo 2349, sin percatarse que la doctrina italiana parece quejarse desconsoladamente de semejante desacierto.

h) —¿Quién corre con los riesgos de la cosa? - Si es propiedad, si es goce.

La legislación italiana contiene una disposición aplicable a las sociedades que no contiene nuestro Código: es el artículo 2254 que establece que para los bienes dados en propiedad corre con los riesgos la sociedad y para los bienes dados en goce corre con los riesgos el aportante. En relación con este concepto, necesariamente nosotros deberíamos aplicar supletoriamente las disposiciones del Código civil conforme al artículo 2º del Código de comercio.

#### IV.—GARANTIAS PARA LA ESTIMACION DE LAS APORTACIONES EN ESPECIE.

a) —Tendencia del aportante a elevar el precio.

Es natural que se piense que a la hora de hacer estimaciones de los bienes que algunos socios pretendan aportar a la sociedad en pago de su aporte al capital, intenten hacer tal estimación por encima del valor real, puesto que entre mayor valor logren para sus bienes, mayor será el número de acciones y, lógico, mayor también el porcentaje de dividendos que obtengan.

b) —Intervención de los contratantes en su protección.

En cuanto a este fenómeno visto desde el punto de vista de los intereses de los socios, hemos de decir que a la ley no le interesaría, ya que las partes en toda contratación, son las más llamadas a proteger sus particulares intereses.

c)—Protección a los terceros.

Sin embargo, en el contrato de sociedad, por una valoración exagerada de los aportes en especie, quienes mayores riesgos corren no son precisamente los socios sino los terceros que vendrán a contratar con la compañía.

Y es en defensa de tales terceros que principalmente se han establecido las normas que pasamos a ver.

El Código italiano, como ya vimos, establece que las aportaciones a capital pueden consistir únicamente en dinero efectivo, bienes en especie o créditos. Ya vimos también cómo el artículo 2349, al autorizar que las acciones de trabajo puedan venir a aumentar el capital social, o sea a integrarlo, dándole prácticamente el carácter de bien aportable al capital, al trabajo, ha sido duramente combatido por la doctrina, por su carencia de técnica y por los peligros que tal aceptación entraña para la garantía de los terceros en cuanto a la integridad y valor real del patrimonio social.

d)—Código italiano: 3/10 de los aportes en dinero.

Pues bien. La ley italiana manifiesta que del capital suscrito para ser pagado en dinero efectivo, debe ser depositado en una institución bancaria al menos las tres décimas partes, depósito que no será entregado a los administradores sino cuando estos demuestren que la sociedad ha sido inscrita en el registro de las empresas.

e)—En Costa Rica no hay garantía del 25% en efectivo.

En este sentido nuestra legislación no contiene ninguna disposición equivalente que pueda garantizar al menos en esta forma la existencia del 25% que exige ser pagado a la constitución, de las aportaciones en dinero. El Código de Comercio simplemente manifiesta que de los aportes en dinero efectivo en el acto de constitución debe estar pagado al menos el 25%; y cuando la constitución no es simultánea simplemente se dice que los pagos en efectivo deberán ser hechos por los suscritores a la persona indicada por sus fundadores. Asimismo manifiesta nuestro Código que el notario deberá dar fe, a la hora de la constitución, de que los pagos

en dinero efectivo fueron realmente realizados mediante la entrega de las sumas correspondientes o de cheques certificados. Pero toda esta mecánica funciona entre los socios mismos, por lo que perfectamente podría ser totalmente simulada, pues no existe ninguna institución ajena a los intereses de los contratantes que constate el depósito y la permanencia del mismo al menos hasta el momento en que la sociedad quede inscrita.

f)—Aportaciones en especie. - Valoración en el Código italiano.

Ahora. Un problema mayor nace con las aportaciones en especie. El Código italiano prescribe que la valoración de los aportes en especie no ha de ser hecha por el mismo aportante ni por los demás contratantes, sino por un perito; este perito será nombrado, no por el aportante ni por los demás contratantes sino por el presidente del tribunal encargado de tramitar la inscripción de la sociedad; el informe no podrá ser un informe lacónico, sino que deberá contener un explicación del criterio seguido para dicha valoración.

Como se comprende, hasta aquí, ya el sistema garantiza bastante que la estimación que se de a los aportes en especie será de acuerdo a los precios reales de los bienes aportados, y no arbitraria o antojadiza de acuerdo con los intereses del aportante.

g)—Revisión a los seis meses.

Pero el sistema italiano es todavía más complejo. Establece que los administradores y los síndicos de la sociedad dentro de los seis meses posteriores al acto constitutivo, deben realizar un control de las valoraciones y si existieren razones para pensar que no son correctas deberán proceder a una revaloración.

h)—Diferencia de 1/5 o más.

Y si de la revaloración resultare que el precio real de los bienes aportados es inferior en más de un quinto al que el perito le dio antes de la constitución, el capital social deberá ser reducido en proporción y se anularán las acciones que proceda, pertenecientes al aportante o éste podrá completar el precio.

### i)—Retención de dichas acciones.

Y además establece la ley italiana que las acciones correspondientes a los aportes a capital hechos con bienes en especie quedarán fuera de circulación y en poder de la sociedad mientras transcurre el plazo citado de los seis meses y se realiza la revisión de las estimaciones.

Como se comprenderá, si bien el sistema no es perfecto, al menos rodea, en favor de los terceros, las aportaciones en bienes en especie, de una serie de revisiones y comprobaciones que hacen bastante difícil el fraude en este campo.

### j)—Estimación de los aportes en Costa Rica.

Ahora bien, ¿qué contiene nuestra legislación en ese sentido? Absolutamente nada. Porque de acuerdo con nuestra ley, la valoración la hace el aportante y los demás contratantes pueden aceptársela o no, sin que intervenga ninguna institución pública ni exista control de ninguna especie, ajeno a los intereses de los contratantes. Lo único que nuestra ley establece es que si resultaren los avalúos abultados por culpa de dolo, los socios responderán a los terceros por las diferencias de valor y por los daños y perjuicios. Pero cuando esto suceda, ya el fraude y el perjuicio ocurrieron y a veces vendrá a resultar ilusoria cualquier acción en contra de los socios por cuanto bien pueden no tener bienes con qué responder.

## V.—AUMENTO DE CAPITAL.

### a)—Oposición de la doctrina.

La doctrina ha sido generalmente opuesta a permitir las modificaciones al capital especialmente las reducciones, que ya veremos, precisamente porque en este aspecto podrían ser dañados los intereses de los terceros acreedores de la sociedad.

### b)—Criterio de la nueva constitución por documento.

Sin embargo, las necesidades de carácter práctico, tanto unas veces de aumentarlo como otras de disminuirlo, especialmente para

poder mantener el capital social al mismo nivel o en la misma cifra del patrimonio social ha hecho que la técnica legislativa haya abierto el campo a tales modificaciones que, como expresa el profesor Brunetti son las más importantes en la vida de toda sociedad.

### c)—No hay normas concretas al respecto en Costa Rica (arts. 19, 28, 30 y 201 del Código de Comercio).

De una vez digamos que nuestra legislación no establece ninguna clase de normas en las sociedades por acciones para regular el aumento o la disminución de capital: existe, sí, el artículo 19 que manifiesta que "las modificaciones de la sociedad, deberán seguir los trámites de acta notarial, publicación en "La Gaceta" e inscripción en el Registro Mercantil; el artículo 29 que establece que no podrá obligarse a ningún socio a modificar su aporte, aumentándolo o a reponerlo en caso de pérdida, salvo pacto en contrario; el 30 que reza que ningún socio podrá, motu proprio reducir o de alguna manera modificar su aporte al fondo social. Así como el 201, inciso c), que obliga a disolver la sociedad cuando el 50% del capital se pierda, salvo que los socios acuerden reponerlo o hacer la reducción respectiva".

Como bien se ve, estas disposiciones en realidad no tienen sino una relación indirecta con el problema de que tratamos.

### d)—Antigua Ley de Sociedades Comerciales sobre reducción

La anterior Ley de Sociedades Comerciales, al menos establecía en su artículo 9º algunas pautas a seguir para los casos de reducción de capital, estableciendo que no podía ser acordada antes de haber transcurrido al menos noventa días después de la publicación del acuerdo respectivo y siempre que en dicha publicación se advirtiera a los interesados que debían presentar sus reparos a la reducción del capital, dentro de dicho plazo. Agregando que mientras que las oposiciones no hubieran sido declaradas improcedentes por resolución judicial, o retiradas por el representante o declaradas desiertas, no podía reducirse el capital.

En consecuencia lo que vamos a ver se refiere estrictamente a la ley italiana y podría servir de pauta para establecer una legislación en Costa Rica.

e) — **Aumento: emisión de obligaciones o elevación de capital.**

La sociedad por acciones puede aumentar su capital por dos medios: emitiendo obligaciones o elevando la suma del capital.

La emisión de obligaciones, como bien lo explica el profesor Brunetti no es conveniente pues aumenta el pasivo de la sociedad y puede llegar inclusive a eliminar la posibilidad de reparto de utilidades hasta tanto no se cubra dicho pasivo, así como que puede hacer bajar la cotización de las acciones, en la bolsa.

Por consiguiente el mejor sistema para aumento de capital es la elevación del mismo.

Para este último caso existen cinco vías admitidas por el Código italiano.

f) — **Cinco vías de elevación:**

- a) Emisión de nuevas acciones;
- b) Paso de reserva a capital;
- c) Aumento del valor de las acciones;
- d) Revalorización momentaria del activo; y
- e) Emisión de acciones privilegiadas.

g) — **Verdadero aumento y aumento contable.**

Previamente aclaremos que verdadero aumento de capital, o sea afluencias de nuevas fuentes monetarias que acrezcan el patrimonio social, verdaderamente solo existe en el primer y último casos, porque como veremos, los otros tipos de aumento en realidad nacen de un juego de carácter contable que consiste en hacer una redistribución del patrimonio social sin que éste sea modificado en ningún sentido.

h) — **Aumento por nuevas aportaciones.**

En el Código italiano, se dice que se pueden emitir nuevos títulos de capital, para ser puestos en circulación, a la venta, debiendo seguirse todos los trámites que se siguen para la cons-

titución original del capital social, tanto en cuanto a las garantías de que los 3/10 sean depositados cuando los aportes sean en efectivo, como en cuanto al sistema de valoración de aportes en bienes en especie, etc.

i) — **Opción proporcional.**

Quizá la única nota de interés ahora será la de que, conforme al artículo 2441 los tenedores de acciones ordinarias o comunes poseen por quince días un derecho de prioridad para adquirir en proporción a las acciones que tengan en su poder, las nuevas.

j) — **Aumento de capital por el paso de reserva a capital.**

La sociedad por acciones, por ley o por acuerdo de Asamblea, puede haber acumulado grandes reservas de capital, que en determinado momento resulten ser excesivas en relación con las garantías que pretenden establecer, por lo que los accionistas pueden acordar emitir contra tales reservas nuevos títulos o acciones para ser repartidos proporcionalmente entre los socios. Esta medida, es beneficiosa, porque pone a disposición de la sociedad sumas considerables de dinero efectivo a invertir en sus operaciones además de que permite una vez más igualar el capital social con el patrimonio social en beneficio de los acreedores y en su propio beneficio.

k) — **Aumento de capital por aumento del valor de las acciones.**

Este proceso prácticamente es similar al anterior, solamente que, en lugar de emplear las reservas para la emisión de nuevas acciones se aumenta contra tales reservas el valor nominal de cada acción.

Tanto en este caso como en el anterior la entrega de las nuevas acciones, se hace a los socios gratuitamente, puesto que las reservas naturalmente pertenecen en propiedad a ellos, salvo que mientras se mantienen como tales, como reservas, no pueden ser entregadas ni distribuidas.

l)—Aumento de capital mediante revalorización monetaria (Plusvalía).

Este sistema es bastante simple. En ciertos casos el patrimonio social, valorado en determinado momento, es mayor que el patrimonio social existente al momento de la constitución, en vista de la plusvalía sufrida por los bienes que lo componen. En tal caso, se puede aumentar el valor nominal de las acciones, incluyendo la plusvalía del patrimonio proporcionalmente repartida entre la totalidad de los títulos.

m)—Aumento de capital mediante emisión de acciones privilegiadas.

Este caso es similar al primero, o sea al aumento por nueva emisión de acciones comunes, salvo que se prefiere emitir la privilegiada con la esperanza de que en vista de los privilegios que otorgan sean suscritas con mayor seguridad en menor tiempo que si la emisión lo fuera de acciones comunes.

Agreguemos que el artículo 2441 no da el derecho de opción para este tipo de acciones privilegiadas, por razones obvias.

## VI.—REDUCCION DE CAPITAL.

a)—Dificultades para admitirla. - Intangibilidad.

Las normas que autorizan la reducción del capital, dice el profesor Brunetti, han entrado tardíamente en las legislaciones, por las razones que ya apuntamos cuando iniciamos este aspecto de modificaciones al capital social y en especial porque el principio de la intangibilidad del capital debe mantenerse como protección a los acreedores de la sociedad.

b)—Necesidad de equilibrar patrimonio y capital.

Sin embargo, en ciertos casos viene a ser de necesidad la reducción del capital social a fin de establecer una correspondencia entre él y el verdadero patrimonio social.

Según la legislación italiana puede reducirse el capital en estos casos:

c)—Capital excedente.

I.—Cuando el capital es excedente: ya se haya pagado en su totalidad o ya esté pagado solo en parte. Si se determina que la sociedad puede funcionar con el capital pagado puede liberarse a los socios del pago del saldo que adeuden, reduciendo ya el número de acciones o ya el valor nominal de las mismas.

d)—Reducción por pérdida de capital. - Más de  $\frac{1}{3}$  en dos ejercicios.

II.—Se puede reducir también el capital en caso de pérdidas y evitar así el problema de que el capital social se mantenga por encima del patrimonio social, puesto que la ley debe proveer a la equiparación de capital y patrimonio, en beneficio de los acreedores. Aquí podrá seguirse el sistema de reducir el valor nominal de las acciones o reducir su número, o un sistema combinado.

Cuando resulte que el patrimonio social se vea reducido por pérdidas en más de un tercio, los administradores deben comunicarlo a la Asamblea y si en el ejercicio siguiente la pérdida no resulta disminuida a menos de un tercio, se debe proceder a la disolución y liquidación de la sociedad, por medio del Tribunal.

e)—Reducción por baja del mínimo de L. 1.000.000.

III.—Reducción de capital cuando baja el mínimo requerido por el Código. La legislación italiana establece que el capital mínimo de toda sociedad por acciones debe ser un millón de liras. En los casos en que baje de ese mínimo debe procederse inmediatamente a su reducción a la realidad y simultáneamente a su aumento al mínimo. Si esto no se consigue, se debe transformar la sociedad por acciones en otro tipo.

## VII.—MINIMO DE CAPITAL. - NO LO HAY EN COSTA RICA.

Lo último tratado nos da pie para terminar esta conversación con la observación de que nuestra legislación no establece ningún mínimo de capital para las sociedades por acciones.

Resulta ilógico que, habiendo nacido la sociedad anónima para el manejo precisamente de capital de volumen fuera de los de sociedades familiares, nuestra ley no establezca un mínimo.

Ya apuntaba el licenciado Oreamuno en su charla que el hecho de que siempre en nuestro país se diga que el sistema de las sociedades anónimas es sumamente complicado, se debe a que son empleadas para volúmenes de capital muy pequeños, que deberían manejarse por medio de sociedades de otro tipo, por ejemplo de responsabilidad limitada. Y agregaba el licenciado Oreamuno que en el fondo en Costa Rica la sociedad anónima ha sido usada, salvo especiales y contados casos, no para el fin con que históricamente nació, sino con la finalidad de evadir el pago de impuestos, mediante la emisión de acciones al portador.

## EL CONTROL EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES

Lic. EDGAR ROJAS VARGAS

La presente es la última de las conversaciones del ciclo que patrocina el "Círculo de Estudios Jurídicos Italianos" y, consecuentes con sus propósitos, en esta ocasión compararemos el derecho local con el italiano en punto al control de la sociedad por acciones.

Como sucede con la mayoría de los vocablos del derecho, comprendemos mejor su significado cuando estudiamos el uso técnico jurídico que se les acredita. Detenidamente estudiado y bien analizado el sentido, lugar y oportunidad en que el término **control** se encuentra ubicado dentro de las cincuenta y seis legislaciones que comprende la laboriosa obra del distinguido comparatista Felipe De Solá Cañizares<sup>(1)</sup>, llegamos a un concepto general y relativamente exacto del término de mérito: Examen de contabilidad, legalidad, administración, táctica financiera, política, etc., de la sociedad anónima, individual o colectivo, interno o externo, antes, durante y luego de su vigencia, que puede ser ejecutado por toda clase de personas, incluso por el Estado. El intento de definición retropróximo no supone ignorancia de lo temerario y casi imposible de toda definición en su sentido más exacto. Si la ocasión y el tema lo hubieran permitido hubiéramos optado por otro procedimiento: hubiéramos dicho, con más técnica, qué es lo que se hace y se logra mediante la fiscalización de la sociedad por acciones, ya que, —eso lo saben todos ustedes—, la acción se supone tal que llena esta finalidad.

Para entrar de lleno en el tema de esta charla de hoy tenemos que recordar, aunque sea muy someramente, el papel impresionante y trascendental que juega la Sociedad Anónima en la vida contemporánea. El presidente de la Universidad de Columbia, Nicolas Murray Butler, dijo: "La sociedad de responsabilidad limitada, particularmente la sociedad por acciones, es el descubri-

(1) Tratado de Sociedades por acciones en el Derecho comparado.

miento más importante de la época moderna; incluso el vapor y la electricidad son menos importantes que la Sociedad Anónima y sin ésta se verían reducidos a una relativa impotencia"<sup>(2)</sup>. Este criterio, muy autorizado por la especialización del jurista anglosajón, en la materia, y aparentemente exagerado, deja de lucir extravagante luego de algunas reflexiones y análisis estadísticos.

Sabemos con datos y cifras de 1950, que sólo en el Estado de New York se formaron cerca de 27.000 sociedades anónimas, y en la totalidad del país, en un año reciente más de 530.000 sociedades anónimas hicieron sus declaraciones de la renta. La Sociedad Anónima, en esa latitud geográfica, dominó conjuntamente el 45% del ingreso nacional y solamente la agricultura estuvo bajo el control de la empresa o actividad individual.

Estudiosos como Joaquín Rodríguez, cuya obra<sup>(3)</sup> es bien conocida en nuestra Escuela de Leyes, hacen afirmaciones semejantes: "El papel desempeñado por las sociedades mercantiles en la economía es cada vez más importante, pudiendo apreciarse una tendencia clarísima en la substitución del empresario individual (comerciante individual) por la sociedad (empresario colectivo). Dos razones pueden explicarnos este fenómeno: la concentración industrial y comercial característica de la economía de nuestra época y la progresiva inclinación hacia formas de organización de responsabilidad limitada. En el primer aspecto, el comerciante individual no puede competir con las grandes empresas sociales. La suma ingente de capitales que éstas suponen crea una fuerza, frente a la cual el comerciante individual está prácticamente indefenso". Este sujeto particular no puede aportar los enormes capitales que hoy son necesarios para acometer las grandes tareas, características de la economía contemporánea; y finalmente, en la lucha económica, los comerciantes individuales llevan siempre las de perder frente a los medios inagotables, la organización eficientísima y perfecta de las grandes empresas comerciales colectivas".

El Viejo Mundo fue el proscenio de algunos fenómenos y conflictos históricos muy ligados a la existencia misma de la Sociedad Anónima. Originalmente, por razón de la implícita coalición de capitales que permitía la casi totalidad de las legislaciones

comerciales en los comienzos del siglo XIX (Código de Comercio Belga de 1807, llamado la Gran Paradoja del 807), al tiempo que la mano de obra estaba prohibida, surgieron insospechadas y formidables compañías que impusieron condiciones al trabajo, sin escrúpulo ni vergüenza. La dirección de tales entidades, anónima, lejana e irresponsable, dio lugar a la famosa frase: "Extraños monstruos sin moral, sin corazón y sin conciencia"<sup>(4)</sup>.

La importancia financiera y política de estas entidades mercantiles era tan grande, y tantos eran los abusos y fraudes de que eran protagonistas calificados, que siempre fue vana toda resistencia organizada en sindicatos, muchos de ellos poderosamente organizados. Las sociedades anónimas no proliferaron en Europa y, por el contrario, siempre lo fueron en número impresionantemente reducido. Para su formación y funcionamiento era indispensable una previa y complicada autorización gubernamental. Este trámite, casi general en el Viejo Mundo, a la vez que constituía un freno poderoso para el número propiamente tal de las sociedades anónimas, era el más rudimentario elemento de control o de fiscalización en la Sociedad Anónima.

Por otra parte, siempre se estimó que el Estado, al otorgar la autorización de constitución, garantizaba el valor de la compañía y, además, asumía plena responsabilidad respecto a los suscriptores cuando les vinieren pérdidas en y con motivo de la gestión social. Esta rara circunstancia histórica, conforme a la cual —por una parte— las pocas sociedades anónimas existentes absorbían el tamaño total del mercado de negocios y —por otra parte—, las muchas trabas procesales que demandaba la autorización oficial, limitó la iniciativa, dando por resultado una política general en el sentido de abolir el régimen de autorización previa. Inglaterra terminó con el sistema en 1862, Francia en 1867, España en 1868, Alemania en 1870, Italia en 1882 y Suiza en 1883. Con estas derogatorias o abrogaciones —expresión que se usó en los textos originales— se derogó también el primer régimen sólido de control y se terminó con el último contrapeso a la limitada responsabilidad del llamado negocio anónimo y, como natural y gravísima consecuencia, se desarrollaron cómoda y vertiginosamente, formidables concentraciones, depósitos de capital de dimensiones hasta entonces

(2) Organización de los Negocios, Biblioteca de Negocios Modernos, Tomo I.

(3) Curso de Derecho mercantil, 3ª edición, pág. 43.

(4) Extracto de L'Anti-Alcibiade, por el Prof. Paul Deliens, contenido en su Tratado sobre la Logocracia.

desconocidas, aventuras de todo jaez, etc. La especulación, el despilfarro, la audacia, la supercapitalización, la política colonial, la aventura temeraria y sin freno, etc., hicieron familiar el fenómeno según el cual una gran sociedad anónima nacía y moría como un hongo.

Acaba de aparecer en escena, con perfiles bien definidos, el cortejo de problemas y peligros que constituyen el objetivo principal de la disciplina del control o fiscalización.

Henry Janne<sup>(5)</sup>, Ministro de Educación Belga y muy estudioso en cuestiones relacionadas con la disciplina jurídica-mercantil, comparando esta situación con la Ley de la Selva dijo: "Examinando los resortes de la Sociedad Anónima, en el juego de la economía liberal, se reconoce en el riesgo al factor compensatorio a la codicia y, de hecho, las empresas más aventuradas o audaces, si logran éxito, producen las mayores ganancias. El riesgo llenó, pues, el papel de freno saludable —a falta de otros frenos organizados legalmente— en el devenir del organismo societario. Sin él, las iniciativas y los grandes capitales se precipitarían, cabeza abajo, en las aventuras más aleatorias".

El inolvidable tribuno de la democracia, Paul Janson<sup>(6)</sup>, a modo de profeta singular en 1898, discernía este candente problema en los términos que muy sintetizadamente exponemos: "La ley decreta, bajo ciertas condiciones, el anonimato pleno para las compañías. Es éste el hecho económico y jurídico más considerable del siglo. De él se deriva esta situación que tanto hace reflexionar: La extrema opulencia de algunos, la condición miserable de la mayoría desprovista, a veces, de lo estrictamente necesario. El anonimato, sin freno, sin control, es el privilegio de la irresponsabilidad en caso de quiebra o fraude. Cuando (el anonimato anárquico) tiene éxito por la potencia de la asociación, el capital crece en proporción geométrica indefinida. Cada Sociedad Anónima suscita nuevas compañías fundadas con las ganancias de las primeras, y luego se juntan, se federan, se sindicán y constituyen verdaderos monopolios".

(5) Tratado de Logocracia. Traducción libre de Paul Deliens.

(6) La Universidad Libre de Bruselas lo distinguió con el mote de: Luminaria de las Ciencias Políticas y Sociales.

Indudablemente, ante tanta impotencia enfrente de las entidades anónimas, surgió una nueva face o estadio en este proceso biológico de la Sociedad Anónima. Se generaron algunas ideas jurídicas y políticas que vinieron, muy lentamente por cierto, a contrarrestar la fuerza, la peligrosa privacidad y hasta el fuero aristocrático de las sociedades anónimas.

Se perfeccionaron diferentes sistemas de contraloría o fiscalización y, con bastante oposición de interesados y de ideólogos del Derecho, este invento maravilloso fue vaciado en los moldes de un moderno y auténtico contrato, cuyas características medulares fueron, entre otras muchas —ajenas a esta charla— causa y objeto lícitos, interés común, lealtad, responsabilidad efectiva y buena fe en la actividad comercial, todo sin perjuicio del respeto absoluto al derecho del socio, cualquiera que fuera la importancia de su interés.

Luego de una serie de democratizaciones de la Sociedad Anónima, y de ensayos de nuevas fórmulas societarias, no típicamente anónimas sino más bien de responsabilidad limitada en condiciones simples en cuanto a grupos pequeños, se llegó a afirmar —y fue tesis incontestada e incontestable entonces— que la disminución de la responsabilidad personal debía ser fomentada en obsequio y para indudable beneficio de la actividad empresarial, eje y pivote del progreso.

La Sociedad Anónima, se dijo y aún se dice en muchas partes, es aquélla en la que los socios no empeñan sino una inversión determinada. El suscriptor limita, estricta y taxativamente, su inversión, su riesgo, su responsabilidad y, por ello, no pasa de ser un elemento pasivo y a veces ciego que aporta capital. El Consejo de Administración y la Dirección son omnipotentes y deben estar libres de toda traba.

Con esa mentalidad, que en Costa Rica precisamente hace poco tiempo obtuvo carta de ciudadanía, los resultados nunca se hacen esperar: El fraude, el despilfarro, fuerzas y esperanzas perdidas y, lo que es peor, una feroz competencia que daría a la vida, en su angustiosa lucha, sólo injusticia, miseria y rebeldía. Un buen ejemplo de ello lo constituyó la horrible crisis de 1929-1933 la cual, llegada al paroxismo, produjo una desocupación de 12 millones en Estados Unidos. Los técnicos nunca han dudado de que

ese gran problema es uno de los rescoldos que dejó en la médula de la Sociedad Anónima, el concepto capitalista antes comentado.

Los pueblos cultos, entre ellos Italia a la cabeza, no persistieron ciegamente dejando sin adecuados controles un instrumento jurídico tan peligroso como maravilloso. Se crearon controles inteligentes cuyos objetivos son, en términos muy generales y teóricos, el logro de una certera, honrada y eficiente dirección de la entidad mercantil por acciones; una división precisa, lógica y bien conocida por todos, de las facultades, responsabilidades y desideratums de todos sus personeros; una mecánica administrativa interna, racional, bien balanceada, producto de aplicaciones legales y formas o ritos estatutarios bien meditados; una protección franca y efectiva de los intereses minoritarios los cuales, ya en escena, pueden ser enfrentados a Directores y Consejeros sin menoscabo —claro está— de los indudables y autónomos intereses de la entidad como tal; un sistema legal, técnico, contable, financiero y humano que, en la medida de lo real, neutralice los efectos de las hábiles y sutiles campañas y prácticas de los estafadores distinguidos (Cuellos Blancos); que el apresuramiento, el entusiasmo que despiertan las campañas sorpresivas pérfidamente dirigidas por los Aquiles de las Finanzas, que la codicia agujoneada por el impacto de ofertas de lucro crecido e inmediato, etc. etc., no lleven siempre ruina y desesperanza a grupos sociales incapaces de un dominio e inteligencia apriori de los alcances y consecuencias de un proyecto malicioso; y que el Estado, como sujeto de Derecho Público por excelencia, asuma las responsabilidades que con respecto al asunto en cuestión en doctrina le están prescritas, proveyendo leyes que por vía de fiscalización —que es la dinámica del control— terminen, o al menos aminoren, las consecuencias, graves e inícuas, de tanta inexperiencia, precipitación, despojo y engaño.

Como, obviamente, no podremos ahora analizar todos y cada uno de los medios del control, sólo diremos en este primer enfoque del asunto, que el control o fiscalización, en su faceta Estatal u Oficial —en sentido restringido a lo administrativo— sea cuando rebasa los fueros o ámbitos del contrato societario, siempre despierta o anima pruritos teóricos en su contra. Estos siempre se esfuerzan por situar al control oficial en un plano de actividad desnaturalizada que debe desaparecer, sustentándose en el principio de que el pacto societario es de índole privada y, en conse-

cuencia, limitando la competencia contralora a su propia fisiología, y aprovechándose de la absoluta inopia de doctrina concreta y bien elaborada al respecto. Por supuesto, no compartimos ese criterio.

Resulta imposible, habida cuenta de la insobornable limitación cronológica de esta charla, analizar los distintos criterios con que los estudiosos ordenan las identidades de los sistemas de control. A veces, el punto de referencia lo constituye el sujeto actuante. Otras veces es la oportunidad en que opera y, entonces, se habla de control permanente, ocasional, ordinario, extraordinario, etc. También hacen depender la clasificación del objeto propiamente sobre el que recaé la fiscalización asegurando, entonces, que la hay contable, administrativa, fiscal, policiva, mercantil —estrictu sensu—, técnica, industrial, etc., etc. En alguna obra hemos leído de profesores que la clasifican en base de los intereses, jurídicamente protegidos, cuya lesión provenga de la operación social y, con ese criterio, interesante aunque poco original, se autorizan expresiones tales como control penal, civil, fiscal, industrial, de marcas, científico, etc., etc.

El control de la Sociedad Anónima en Costa Rica ha tenido tres formas o concepciones tenuemente diversas: a) El antecedente de 1909, contenido en la Ley de Sociedades Comerciales, derogada; b) Proyecto de Código de Comercio de 1959<sup>(7)</sup>; y c) Sistema vigente contenido en el Código de Comercio de Costa Rica<sup>(8)</sup>, consagrado en la Sección VII con el título Vigilancia de la Sociedad.

La fiscalización costarricense, según la ley anterior, le correspondía a un Comité de Síndicos, nombrados por la Asamblea General sin sujeción a norma alguna selectiva de capacidades técnicas y morales adecuadas al efecto, constituyendo esta faceta —es muy posible— su rasgo más deficiente. Nuestro legislador de principios de siglo ignoró por completo la doctrina del asunto; desconoció el problema de la capacidad y responsabilidad de los síndicos. Este es asunto tan medular que basta recordar lo que al respecto nos dice A. Brunetti<sup>(9)</sup> con el siguiente y bien sintetizado comentario: “La responsabilidad de los síndicos es solidaria con la de los administradores por los actos y las omisiones de éstos cuando el daño

(7) Alcance N° 31 a “La Gaceta” N° 88 de 22 de abril de 1959.

(8) Ley N° 3284 de 30 de abril de 1964.

(9) Comentarios de Derecho Mercantil.

no se habría producido si hubiesen vigilado convenientemente, de conformidad con las obligaciones de su cargo. Si la responsabilidad de los administradores es en **commitendo** y la de los censores o síndicos en **vigilando** (y por ello menos grave y delicada) no quiere decir que quede excluida la solidaridad. Si la culpa de los administradores es en vigilando, respecto de los hechos culposos del Comité Ejecutivo, la de los síndicos sigue siendo solidaria por no haber vigilado convenientemente". Nuestro legislador de 1909 ignoró que el velar y vigilar el modo en que se opera integralmente una compañía por acciones —que es la función típica del Comité de Síndicos—, exige tanta o más aptitud que la de determinar —en **commitendo**— lo que se hace y cómo se hace, funciones éstas de la Asamblea General, o más propiamente, del Consejo de Administración.

La ley emitida al principio de este siglo no rodeó a la incipiente Sociedad Anónima local, conciliando los principios básicos de seguridad y publicidad compatibles con la naturaleza privada de las empresas, de inteligentes y adecuados recursos de control. Creó, nada más, un órgano decorativo sin vida y sin función.

En el Proyecto de Código de 1959, y no obstante el fracaso del instituto antes comentado, y sin adecuada meditación, se propuso un sistema de vigilancia un poco más consecuente con la doctrina pero que, de todas maneras, hubiera resultado inadecuado para nuestra realidad.

El artículo 502 de dicho proyecto establecía la potestad para la sociedad de fundación simultánea de decidir, en asamblea de accionistas, y haciéndolo constar en los Estatutos, acerca de la existencia de un sistema de vigilancia. Tenemos que reconocer, con todo respeto para sus redactores, que esa norma hubiera sido altamente peligrosa. Muy probablemente, y desde el principio, los fundadores, aprovechando la amplia facultad que les confería la ley, hubieran incorporado, cuando más, mínimos recursos de control por creer, simplistamente, que dicho mecanismo les resultaría caro y estorboso.

Ese mismo proyecto recomendaba, para las empresas constituidas por suscripción pública, es decir de fundación no simultánea, y las que emitieran acciones no comunes, el nombramiento de **auditores**, cuya actividad hubiera estado, sin duda, mejor regulada

que la de los actuales miembros del Comité de Vigilancia, ya que se introducían —en el proyecto— algunas restricciones eficaces. (No podrán ser auditores —rezaba el texto respectivo— los que estén inhabilitados para ejercer el comercio, los que desempeñen otro cargo en la sociedad, ni los cónyuges, los parientes consanguíneos de los administradores, en línea directa sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo). Y, también se asignaba a los auditores un conjunto numeroso de facultades y obligaciones concretas: Exigir a los administradores o gerentes un balance mensual de comprobación; inspeccionar, una vez cada mes por lo menos, los libros y papeles de la sociedad, así como las existencias en caja; revisar el balance anual y rendir el informe correspondiente en los términos que establecen la ley y los estatutos; asistir, con voz pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración y vigilar, ilimitadamente y en cualquier tiempo, las operaciones de la sociedad. También en el proyecto de 1959 se creaban procedimientos adecuados para garantizar la intervención solicitada a los auditores y para llenar sus vacantes. Pero, sin embargo, todavía con el sistema propuesto no se lograba, en el grado deseable y recomendado por la doctrina, el cumplimiento de los principios medulares de seguridad y publicidad en materia de control. Se olvidó, quizás por la elocuente voz de quienes solamente buscan la reducción inmediata de los costos de operación, que la Sociedad Anónima no debe concebirse como un organismo jurídico administrativo barato sino, más bien, como forma social de operación cara por ser la más perfecta e influyente del sistema capitalista privado.

Hemos insistido con el proyecto de 1959 por cuanto, a pesar de todo lo dicho, pudo contribuir —cosa que no hace la legislación vigente— a mejorar la situación existente. Enfocaba los problemas del control con un sentido más claro en cuanto a la necesidad de introducir medidas de orden público tendientes a garantizar, en beneficio, principalmente, de terceras personas, el correcto, técnico y honesto funcionamiento de las sociedades anónimas costarricenses y honesto funcionamiento de las sociedades anónimas costarricenses en franco proceso de expansión y dominio por parte del público.

La ley vigente, de fecha muy reciente, lamentablemente consagra el más inexplicable retroceso en cuanto al objeto de esta charla de hoy. Resulta penoso afirmar que adolece de tantas omisiones

por acciones que tienen un capital no inferior a cinco millones de liras deben elegir entre los inscritos en el **Registro de Revisores Oficiales de Cuentas** al menos uno de los síndicos efectivos, si éstos son en número de tres, y no menos de dos si los síndicos efectivos son cinco, y en ambos casos uno de los síndicos suplentes". También la ley italiana dispone que el presidente del Colegio de Síndicos debe ser miembro de la **Lista de Revisores de Cuentas**. Este es un Registro Profesional cuya existencia y actividad está, de modo minucioso y estricto, muy bien regulado por la ley.

También el control italiano provee garantías para el libre y condigno desempeño de la sindicatura. Les garantiza una expresa inamovilidad ya que la ley dice que duran en sus cargos tres años y que solo por **justa causa** pueden ser cesados; que la deliberación de cesación o de revocación debe ser aprobada por decreto del Tribunal, oído el interesado.

También el Derecho italiano regula, con claro sentido de las realidades, típicamente capitalistas, de la sociedad por acciones, lo relativo a la **retribución para todos y cada uno de los entes que ejercen la vigilancia de la Sociedad Anónima**. En el caso de los síndicos, este será un aspecto concreto que deberá decidirse en el acto de constitución o luego la Asamblea.

Otro aspecto interesante y valioso que se contiene en el Código Civil italiano es el de la competencia del órgano contralor interno o privado (sindicatura). El artículo 2403 consagra para esa entidad un fuero muy amplio y diverso: Administrativo, jurídico, contable, patrimonial en estricto sentido del término, de control absoluto, ejercible en cualquier forma y oportunidad aun individualmente. Para todo ello, y de manera obligatoria, instrumentarán sus actuaciones en un protocolo especial que se llama **Libro Registro de Comprobaciones**.

La **funcionalidad y estabilidad del Colegio de Síndicos** en el control italiano admite, si el caso llegare a ameritarlo, actuaciones de fiscalización o actuación permanente. Tendrán los síndicos una reunión formal de deliberación cada tres meses y, la ausencia será motivo de decadencia en el oficio, con responsabilidad para el decaído. Las deliberaciones del Colegio deben tomarse por mayoría absoluta y el síndico que disiente tiene derecho a hacer constar en el acta los motivos del propio disentimiento.

Una curiosidad interesante del **control** que comentamos es la de que, los síndicos, que en doctrina básicamente actúan en vigilando, en el caso de Italia actúan en **commitendo**, sea que son administradores en subsidio ya que están facultados para convocar, publicar, actuar e incluso son ejecutivos ocasionales. Esta naturaleza típica de los síndicos califica el tipo de responsabilidad que, corrientemente, se les reconoce y que no es otra distinta a la del mandatario clásico. Son plena y solidariamente responsables con los administradores cuando se demuestre que, con su intervención, pudieron evitarse las consecuencias negativas para alguien. La ley les exige, y les garantiza también, el secreto absoluto de sus informes y conocimientos por razón de su oficio.

Otro asunto interesante de esta legislación es el de las denuncias ante el **Colegio Sindical**. Todo socio, dice la ley, puede denunciar los hechos que considere censurables al Colegio, el cual, inexcusablemente, deberá tener en cuenta la denuncia en la **Relación a la Asamblea**. Si la denuncia se hace por un número de socios que represente la vigésima parte del capital social, el Colegio de Síndicos debe indagar, de manera inmediata, sobre los hechos denunciados y presentar sus conclusiones y eventuales propuestas a la Asamblea, convocando inmediatamente a la misma si la denuncia parece fundada y hay urgente necesidad de proveer.

También existe el tipo de denuncia al Tribunal que puede ser simultánea o, más bien, provocada por una falla en el procedimiento anterior. Esto procede cuando hay fundada sospecha de irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y síndicos y, para ello, los socios que representen la décima parte del capital pueden actuar denunciando los hechos ante la Judicatura especial.

El Tribunal, oídos en **Cámara de Consejo** los administradores y los síndicos, puede ordenar la **inspección** de la administración de la sociedad a costa de los socios reclamantes, subordinándola, si es del caso, a la prestación de una caución.

Comprobadas las irregularidades denunciadas, los Jueces pueden disponer las oportunas providencias cautelares y convocar la Asamblea para las consiguientes deliberaciones. En los casos realmente graves puede el Tribunal revocar a los administradores y a los síndicos y nombrar un **Administrador Judicial**, determinando allí mismo, sus poderes y su duración.

Obsérvese la mixtura de sistemas y la funcionalidad de los mismos. Resulta penoso distinguirlos en su identidad doctrinaria y no es ésta la mejor oportunidad para hacerlo.

El Administrador Judicial nombrado por la Judicatura —si a su juicio procede— puede proponer la acción de responsabilidad contra los administradores y los síndicos.

Antes del vencimiento de su encargo, el administrador judicial convoca y preside la Asamblea General para el nombramiento de los nuevos administradores y síndicos y, además, para proponer, si las circunstancias así lo aconsejan, que se proceda a la liquidación inmediata de la sociedad por acciones.

Y siempre, en una unidad de acción admirable, el Derecho italiano que regula el control, prevee la posibilidad de que las providencias anteriormente mencionadas puedan ser adoptadas también a petición del Ministerio Público, y en este caso los gastos para la inspección son a cargo de la sociedad intervenida. Esta, que es una innovación (Relación N° 985, se llama), se creó no sólo para la mayor tutela de las minorías sino, también, en beneficio del interés general que está anejo a la correcta administración de la sociedad.

Antes de terminar, y porque ello explica bastante la mentalidad del legislador italiano en este olvidado tema del Derecho mercantil, conviene tener en cuenta la concepción organicista que de la sociedad tienen los doctrinistas de la Tierra de Lacio. No se limitan a juzgar y tratar a las sociedades en general en el momento preciso de su nacimiento, a través del contrato o acto que les da vida, y en su estructura, sino que se preocupan de seguirlas y estudiarlas en todo el ciclo, mudable como pocos, de su compleja y trascendental existencia. Esto presupone, obviamente, una idea clara de organismo social.

Para terminar sólo diremos, parodiando a un eximio jurista que, confiando en los progresos del esfuerzo inteligente de todos los estudiosos romanos, le aseguraba el mejor porvenir a la sociedad por acciones: “No debe creerse —dijo— que la ley es impotente o innecesaria para arrancar los disfraces que tienen por objeto frustrar el acto comercial, herir de muerte a la moral misma e insultar la inteligencia de la justicia. La mera sugestión de que sea así es un insulto para la dignidad de todos”.

## LOS ORGANOS SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Lic. RODRIGO OREAMUNO BLANCO

La extensión del tema a desarrollar hace imposible que tratáramos de analizar, aunque fuera muy someramente, los distintos aspectos de los órganos de las sociedades anónimas. Por ese motivo, me limitaré a señalar cuáles son esos órganos y a hacer algunas comparaciones que pueden resultar interesantes, entre la legislación italiana y la doctrina que en torno a ella se ha creado, por un lado, y la legislación costarricense, por el otro.

Como ya ha sido expresado en este ciclo de charlas, la Sociedad Anónima está concebida como un instrumento jurídico destinado a la realización de grandes empresas. Fundamentalmente, esta sociedad es una entidad creada para movilizar los ahorros de grupos numerosos de personas. Presupone así, la existencia de muchos accionistas los cuales a menudo cambian. Por esa razón, es imposible que los socios la administren, directa y personalmente; de ahí surge la necesidad de que existan ciertos órganos que se encarguen del manejo de los asuntos sociales.

Brunetti dice que los órganos de un ente dotado de personalidad jurídica propia son “. . . aquellas personas o aquellos grupos de personas físicas que, por disposición de la Ley están autorizados a manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para la consecución de sus fines”<sup>(1)</sup>.

En las sociedades anónimas tales órganos son: a) Las Asambleas de accionistas; b) Los administradores; y c) El órgano encargado de la vigilancia de la sociedad, llamado en algunos lugares Comité de Vigilancia y, en la Legislación italiana, Colegio de Síndicos.

(1) *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Traducción de Felipe Solá Cañizares; Uteha, Buenos Aires, 1960, Tomo II, pág. 355.

Messineo mantiene la tesis, (aun cuando advierte que ella no es unánimemente aceptada), de que el socio, en cuanto cumple algunas funciones y ejercita ciertos poderes en beneficio de la sociedad, puede ser considerado como un órgano social<sup>(2)</sup>.

Dejaré de lado lo referente a la vigilancia de la sociedad y a la consideración del socio como órgano social, para referirme a los dos órganos primeramente citados.

### Las Asambleas de Accionistas:

En las sociedades anónimas formadas por una gran cantidad de socios que a menudo se encuentran dispersos, la única manera de lograr que esos socios tengan una participación en el manejo de los asuntos de la sociedad, es reuniéndolos en Asambleas de Accionistas. De esta manera se consigue también que exista un contacto entre esos socios y los demás organismos de la sociedad. Las Asambleas de Accionistas resultan así una necesidad lógica ya que es imposible concebir una Sociedad Anónima en la que no se presenten.

La Asamblea es, por naturaleza, un órgano colegiado (es decir, que implica por lo menos la presencia de dos socios), con una función fundamentalmente deliberativa. Es el órgano supremo de la sociedad y se afirma que es soberana.

Messineo observa que, por estar formada la Asamblea por la totalidad de los socios, tiene una índole muy especial por lo cual, en cierto modo, se identifica con la sociedad entera. De ahí que mientras es posible que a la sociedad se opongan los administradores, los vigilantes o los socios considerados individualmente, o que entre cualquiera de ellos y la sociedad se establezcan relaciones, es absolutamente imposible que se presenten relaciones entre la Asamblea y la Sociedad<sup>(3)</sup>.

### Clases de Asambleas:

En el artículo 2363 del Código italiano se dice que las Asambleas son ordinarias o extraordinarias. En un artículo pos-

(2) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1955, T.V., pág. 487.

(3) Op. cit., pág. 431.

terior (2376) se habla además de otra categoría de asambleas, las especiales. En Costa Rica, la distinción entre las diversas clases de asambleas es un poco confusa: El artículo 153 del Código de Comercio las divide en especiales y generales y subdivide éstas en ordinarias y extraordinarias; en el artículo siguiente, se habla de otro tipo de asambleas: las constitutivas.

La distinción entre las ordinarias y las extraordinarias se hace en Italia con mucha claridad, atendiendo a un criterio puramente material: los asuntos de los que debe tratarse en cada una de ellas. El artículo 2365 indica los asuntos sobre los que deben conocer las asambleas extraordinarias, que son: a) Reformas al acto constitutivo; b) Emisión de obligaciones; y c) Nombramiento y poderes de los liquidadores. Las asambleas que conozcan de cualquier otro asunto serán ordinarias. Es decir, serán asambleas ordinarias aquéllas que se reúnan para conocer de cualquier asunto que no haya sido específicamente encomendado por la ley a una asamblea extraordinaria.

En nuestro país este criterio de distinción se ha perdido. El artículo 155 enumera los asuntos de los que deberá conocer la Asamblea Ordinaria e indica en su inciso d), "Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social". Sin embargo, al señalar los asuntos de los que debe conocer la Asamblea Extraordinaria expresa (art. 156, inciso c), "Los demás asuntos que según la Ley o la escritura social sean de su conocimiento". Así pues, en Costa Rica, una Asamblea será ordinaria o extraordinaria de acuerdo con lo que se indique en la escritura social, sin que sea posible encontrar en nuestro Código un criterio legal de distinción entre ambas.

Las Asambleas Especiales únicamente pueden presentarse cuando existan diversas clases de accionistas. Cuando se quiera eliminar o modificar alguno de los privilegios de cualquiera de esos grupos, la proposición respectiva deberá ser aprobada por los socios de la categoría afectada, reunidos en Asamblea Especial.

En relación con estas asambleas, parece presentarse una diferencia entre la Legislación italiana y la costarricense. En aquélla, si se plantea en una asamblea, (ordinaria o extraordinaria, según el caso) una proposición que perjudique los derechos de determinada categoría de socios, y la proposición es aprobada en

esa asamblea, entonces, se convoca a los socios afectados, quienes reunidos en Asamblea Especial, deciden si aprueban o no la disposición tomada. En caso de que impartan esa aprobación, se estará frente a un acto complejo.

En Costa Rica, en cambio, de acuerdo con el artículo 147, una proposición como la comentada no tendrá que aprobarse primero en una asamblea de otro tipo, sino que irá directamente, a conocimiento de la Asamblea Especial, que se convocará al efecto.

Un punto sobre el que la Legislación italiana es bastante explícita y la nuestra sumamente parca es el referente a la convocatoria a las asambleas. En efecto, la Legislación italiana exige que el aviso de convocatoria contenga la "enumeración de las materias a tratar" (art. 2366). La doctrina italiana (Messineo, Ascarelli) ha llegado a afirmar que salvo que haya acuerdo unánime de los socios, no se podrá conocer de los asuntos que no hayan sido incluidos en el aviso de convocatoria. Afirman esos autores que de permitirse eso, se haría posible que un grupo de socios sorprendiera a otro que podría no asistir a la asamblea por creer que los asuntos de los que se iba a tratar no requerían su presencia u obligándolo a votar sobre un asunto del que no estuviera suficientemente enterado. Por esa misma razón es ilegal la convocatoria que se haga en forma confusa o ambigua, con una redacción como "cualquier otro asunto que se presente", u otra semejante.

En nuestra Legislación existe muy poca reglamentación sobre este aspecto, ya que solamente se indica que la convocatoria la hará el órgano que señale la escritura social, en la forma que ella indica, y, a falta de disposición expresa, por medio de publicación en "La Gaceta"; la persona que haga la convocatoria redactará el orden del día. Por ese motivo, en la práctica las convocatorias son generalmente muy ambiguas, lo que presenta los peligros que antes apuntamos.

Dije anteriormente que la Asamblea, era por naturaleza, un órgano colegiado. Es casi inconcebible que se presente una asamblea formada por una sola persona. Sin embargo, en vista de la disposición del artículo 202 de nuestro Código que dispone que el hecho de que todas las acciones lleguen a manos de una persona no es causa de disolución de la Sociedad Anónima, en nuestro país, si se presenta ese caso, también se dará la situación de que en las

asambleas de esa sociedad, únicamente habrá una persona con derecho a votar.

En relación con el derecho al voto en las asambleas, existe una disposición de la Legislación italiana (ampliamente comentada y defendida por la doctrina) que resulta de sumo interés. En efecto, el Código italiano (art. 2373) dispone que el socio no podrá ejercer el derecho al voto en los asuntos en los que tenga un interés en conflicto con el de la sociedad. Se trata, por supuesto, de un interés patrimonial. En este caso, el socio deberá abstenerse de votar ya que, si no lo hace y con ello causa un perjuicio a la sociedad, el acuerdo respectivo podrá ser impugnado. La inexistencia de una disposición semejante en nuestro Código puede causar que, al votar la mayoría de los socios favorablemente un asunto sobre el cual haya un conflicto de intereses entre ellos y la sociedad, perjudiquen la minoría de los socios, y que les sea sumamente difícil a éstos impugnar ese acuerdo, por haber sido tomado con cumplimiento de todas las formalidades de Ley.

Messineo insiste en que basta el conflicto de intereses para que el socio deba abstenerse de votar, sin que ese socio esté facultado para decidir si con su voto puede o no causar un perjuicio a la sociedad. La existencia de ese perjuicio sí será indispensable para poder impugnar el acuerdo respectivo<sup>(4)</sup>.

### Consejo de Administración

Como ya he dicho, las Asambleas de Accionistas constituyen un órgano de carácter fundamentalmente deliberativo. Además, es casi imposible que puedan estar reunidas permanentemente. Por ese motivo, se hace necesaria la aparición de otro organismo que será el encargado directo de la administración de la sociedad. Este órgano es el Consejo de Administración, que es también, casi siempre, un órgano colegiado. Básicamente las funciones del Consejo de Administración son las referentes a la **representación y administración** de la sociedad. En lo que respecta a la administración, son sumamente importantes las funciones de ejecución de las deliberaciones de las asambleas y de la adopción de las deliberaciones que no sean de competencia de las asambleas.

(4) Op. cit., pág. 439.

Si bien en doctrina se estima que la representación de la sociedad corresponde al Consejo como tal, sucede con mucha frecuencia que esa facultad de representación es concentrada en el Presidente del Consejo o en varios de sus miembros.

La representación social general no puede ser confiada más que a los administradores, (o a algunos de ellos, según lo que acabo de exponer), pero a menudo se presentan casos de representación ocasional de la sociedad, cuando ésta es necesaria para llevar a cabo determinados actos. Esta posibilidad la contempla nuestra Ley en el artículo 187 del Código de Comercio, que, por cierto, presenta la particularidad de que atribuye a la, o las personas que ejerzan la representación social la facultad de nombrar gerentes, apoderados, etc., cuando lo más corriente es que se reserve la facultad de hacer esos nombramientos al Consejo de Administración, y aun a la Asamblea.

Los poderes de administración son fijados ordinariamente por el acto constitutivo, ya que la mayoría de las legislaciones prefieren no entrar en una enumeración que podría entorpecer el funcionamiento de la sociedad. Puede decirse, en términos generales, que los poderes de los administradores, son, dentro de la administración ordinaria, todos aquellos que sean necesarios para la consecución del objeto social, con las limitaciones que introduzca el acto constitutivo, y en cuanto a la administración extraordinaria, (sea la que implica actos de disposición) aquellos actos que la escritura constitutiva determine.

También en cuanto a la administración sucede que ésta frecuentemente no es llevada a cabo en forma directa por el Consejo, en su totalidad, sino que se procede al nombramiento de consejeros o administradores delegados, que se encargarán de la administración de diversos aspectos de los negocios sociales.

El profesor Messineo considera que tanto la ejecución de los acuerdos de los administradores como la celebración de las deliberaciones que no correspondan a las asambleas ordinarias o extraordinarias son una parte de los poderes de administración encomendados al consejo<sup>(5)</sup>.

En las sociedades por acciones el elemento personal tiene muy poca importancia en lo referente a las personas de los socios. Sin embargo, ese elemento sí reviste gran trascendencia en lo relativo a los administradores, ya que existe un factor de confianza que se deposita en ellos. El prestigio de una sociedad de este tipo frente a los terceros puede depender en gran parte de quienes sean sus administradores. Eso explica por qué la mayoría de las legislaciones favorecen la tesis de que debe mantenerse a los administradores en sus cargos por el mayor tiempo posible.

Un aspecto que preocupa a gran parte de la doctrina italiana (Messineo, Brunetti, Ascarelli, entre otros), es el de que los Consejos de Administración colegiados son gobernados en la práctica, en forma autocrática por una sola persona. Sucede así, para decirlo con las palabras de Messineo que "existe, en derecho, un colegio de administradores y, de hecho, un solo administrador..."<sup>(6)</sup>.

Esto no sólo expone a los administradores que no participan en la administración a ser responsables por actuaciones en las que nada tuvieron que ver sino que además causa perjuicio a la sociedad, al privarla de la participación de algunos directores y, en cierta manera, constituye un engaño para muchos accionistas que confían en la integración del Consejo, en la forma que se muestra. Opina Messineo que si no se encuentra la forma de que todos los administradores participen efectivamente de las funciones del Consejo, podría pensarse en la posibilidad de limitar legislativamente el número de los administradores, de manera que la función corresponda efectivamente a las pocas personas que la llevan a cabo quienes serán responsables frente a los accionistas<sup>(7)</sup>.

#### Relación entre las Asambleas de Accionistas y el Consejo de Administración:

Podríamos hacer la distinción de las funciones de la Asamblea y el Consejo, diciendo que la primera tiene un poder deliberativo, que produce efectos en el ámbito interno de la sociedad y que tiene fuerza imperativa respecto a los administradores, a los que corresponde poner en ejecución las decisiones de la Asamblea. Como la Asamblea no tiene poderes de representación, sus deliberaciones no

(6) Op. cit., pág. 468.

(7) Op. cit., pág. 469.



tienen eficacia frente a terceros. Adquirirán eficacia frente a los terceros, cuando sean puestas en ejecución por los administradores.

Las deliberaciones que el Consejo pueda tomar, al tenor de lo dispuesto en el acto constitutivo, en la Ley o por encargo de la Asamblea, tendrán eficacia frente a los terceros, precisamente por estar dotado ese Consejo de la representación de la sociedad.

Se afirma corrientemente, que, por ser la Asamblea el órgano supremo de la sociedad, los demás órganos, incluyendo el Consejo de Administración, deben estar subordinados a ella. Sin embargo, es necesario precisar los alcances de ese concepto.

Los administradores, deciden, sin necesidad de consultar a la Asamblea la forma en que deben manejar los asuntos que les han sido encomendados, dentro de los poderes de que disfrutan, sin que le sea permitido a la Asamblea interferir en el ejercicio de esos poderes. Si no le parece la forma en que actúan los administradores, la Asamblea podrá revocar sus nombramientos e, incluso, plantear en contra de ellos la correspondiente acción de responsabilidad pero, en ningún caso podrá sustituir a los administradores en sus funciones.

### Conclusión:

Para terminar esta exposición, comentaré una crítica que hace Messineo a la costumbre de emplear a la Sociedad Anónima para fines distintos de aquéllos para los que fue concebida, lo que causa una degeneración de sus órganos<sup>(8)</sup>. Esta crítica que está dirigida a una situación que en Italia se presenta excepcionalmente pero que en nuestro país es casi la regla, es la siguiente:

Con mucha frecuencia se forman las llamadas "sociedades por acciones familiares", constituidas por un pequeño grupo de personas que pueden o no ser parientes. Messineo define este tipo de sociedades diciendo que es "una sociedad colectiva que se sirve del mecanismo de la sociedad por acciones"<sup>(9)</sup>.

La Sociedad Anónima en este caso es solamente un medio para limitar la responsabilidad de las pocas o de la única persona

(8) Op. cit., pág. 479 y sig.

(9) Op. cit., pág. 480.

que la constituyen, pero dista muchísimo de ser la sociedad en la cual un grupo de pequeños ahorradores aporta su contribución para la formación de una gran empresa.

En ese tipo de sociedades, la distribución de las funciones entre los distintos órganos es diferente de la normal, ya que la mayor influencia sobre la sociedad la ejercitan los administradores y no la Asamblea. Lo que sucede es que los administradores en esas sociedades son elegidos siempre de entre los pocos socios que las forman, por lo cual el verdadero poder de la sociedad es ese consejo.

La Asamblea resulta así una especie de duplicado del Consejo ya que los miembros de éste representan la gran mayoría de los socios por lo que se sabe que lo que decida el Consejo contará con la aprobación de la Asamblea. La Asamblea existe únicamente porque la Ley así lo exige, pero en verdad ya no cumple ninguna función dentro de la sociedad. Además, no se presentará en ella ninguna de las características de una Asamblea en el verdadero sentido de la palabra: la existencia de una mayoría y una o varias minorías, la falta de debates, la frecuencia de las asambleas, etc.

Considero, como ya dije, que la situación que motiva la crítica de Messineo, que en Italia se presenta sólo ocasionalmente, constituye la realidad de casi el total de nuestras sociedades anónimas. En Costa Rica, salvo muy raras excepciones, lo que existen son sociedades colectivas que adoptan la forma de anónimas.

Eso explica el por qué las legislaciones y la doctrina existentes sobre diversos aspectos de esas sociedades nos parecen una cosa sumamente compleja e innecesaria para regular un tipo de sociedad que entre nosotros es algo muy simple. Podríamos afirmar que en Costa Rica, lo que funciona corrientemente es una degeneración de la Sociedad Anónima.



## CAPITULO V

### LA AUTONOMÍA Y LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

El Estado Central puede intervenir sobre la vida de la institución descentralizada como contralor de la legalidad de su actuación, mediante actos de control a posteriori o sucesivo, que siempre son posteriores a la actuación inicial del ente.

Desarrollemos los aspectos más importantes de este esquema institucional.

#### a) —La intervención y la preparación de los actos descentralizados.

Hemos expresado en líneas anteriores que está prohibido a la ley regular y permitir intervenciones de otros entes extraños a la institución en el procedimiento interno de la misma, preparatorio de sus decisiones o actuaciones iniciales. Es decir, está prohibida toda forma de intervención preventiva y anterior a la emisión del acto por el ente autónomo.

Las intervenciones usualmente admitidas —sin advertir su grave inconstitucionalidad— se dan en todas las etapas del procedimiento preparatorio: actos de impulso (demandas, instancias, propuestas), actos de aclaración (consultas, controles) y actos de verificación (inspecciones, solicitudes de exhibiciones, comunicaciones obligatorias, etc.). Es decir: se regula en ocasiones un trámite dentro del cual un órgano extraño a una institución autónoma tiene la potestad de intervenir, realizando cualesquiera de esos actos, como fase obligada del trámite, cuya omisión produce nulidad de éste y cuya presencia en un sentido negativo (control o dictamen desfavorable, inspección de resultado negativo, etc.), puede paralizar

el procedimiento e impedir a la institución toda ulterior medida administrativa. Son pues, intervenciones obligatorias, que condicionan la validez de la resolución final de la institución y que pueden impedir a ésta que la tome por sí, caso de resultar desfavorables para la institución misma.

En los casos de impulso originado en acto de un tercero, usuario de un servicio de la institución, como en la hipótesis de la demanda o solicitud de admisión al goce del mismo, resulta obvia la procedencia constitucional de tal trámite para el funcionamiento del ente, porque caso contrario habría de hacerlo imponiéndose a la voluntad del particular, en un campo en que se busca más bien el espontáneo interés de éste en el servicio. En todo caso, la dependencia de la instancia o demanda del particular —como acto de iniciativa o impulso— resulta lícita y constitucional si se piensa que el ente nació para prestarle un servicio y que debe ser el particular, que padece la necesidad respectiva, quien decida cuándo debe satisfacerla para que resulte realmente útil la prestación correspondiente. No se trata de contraponer los criterios públicos sobre la oportunidad de la prestación del ente autónomo, uno de los cuales sería el principal por ser el motivo de la prestación, no obstante provenir de un ente extraño; sino que se trata de procurar a la institución la oportunidad de saber cuándo se necesita su servicio, por boca de aquel que lo necesita y estrictamente desde el punto de vista de éste. Todo el argumento se puede formular más convincentemente si se dice que la ley puede regular servicios de disfrute voluntario, porque hay servicios que, a su juicio, no deben ser de disfrute obligatorio. En todos estos casos resulta necesario para la institución el acto de impulso o iniciativa del particular, consistente en la solicitud de admisión al goce del servicio, para que éste pueda funcionar y el individuo ingrese a la esfera de poder del ente. Pero también, fuera de la hipótesis de la solicitud de ingreso del particular, resulta indebida toda otra forma de impulso por acto extraño a que se someta la institución en su funcionamiento, extraño en cuanto procedente de otro ente o del Poder Central. Estos actos de impulso o iniciativa, en virtud de los que un ente menor puede iniciar su movimiento y acción hacia el interés público que le está encomendado, son las llamadas proposiciones, invitaciones o votos de otros entes públicos, formulados por éstos en cumplimiento de su particular cometido. En el campo

procesal el ejemplo más claro e importante es, naturalmente, el caso de la demanda, como forma de deducir una pretensión a la sentencia. Puede darse también el caso de que el juez actúe a instancia de otro órgano —nuestra Procuraduría actuando en funciones de acción— como también el de que un órgano administrativo actúe a instancia de otro, para que éste ponga en movimiento a los tribunales. Es el caso de la instancia o requerimiento que puede dirigir a la Procuraduría nuestra Contraloría General de la República, cuando compruebe haber lugar a formación de causa contra un funcionario público por irregularidad en el manejo de fondos públicos (art. 8º, incisos a) y d), de la respectiva Ley Orgánica); o bien, en la misma hipótesis, la instancia que dirige al respectivo Ministro para que suspenda al empleado responsable y remueva obstáculos a la investigación.

En el campo constitucional los casos de proposición más destacados coinciden con el ejercicio de la iniciativa de la ley y de la consulta dirigida a la Corte Suprema de Justicia para que se pronuncie sobre la regularidad de un proyecto, cuando haya veto fundado en razones de inconstitucionalidad. Cosa similar es el de la delegación voluntaria de competencia hecha por el Presidente y el respectivo Ministro en el Consejo de Gobierno, para que éste resuelva asuntos propios del Poder Ejecutivo.

Cabe preguntar por la constitucionalidad de una ley que impusiera a una institución autónoma la necesidad de una instancia de otro ente para iniciar su funcionamiento y prestar su servicio propio. Obviamente habría una violación de la independencia constitucional del ente autónomo en el ejercicio de su gobierno y administración, que sería —en esos términos— dependiente del centro propulsor en cuanto al momento y oportunidad de su prestación. Los casos de impulso de un ente autónomo por acto de otro o del Estado, a través de demandas, votos, requerimientos o proposiciones, necesarias y condicionantes de su actividad, están constitucionalmente prohibidos en Costa Rica.

Igualmente cabe decir de la ley que permita una intervención de un ente extraño o del Estado en la etapa preparatoria de las decisiones del ente autónomo. Toda norma de este tipo resta potestades administrativas al ente y lo somete al juicio de un extraño —haciéndolo dependiente de éste— en cuanto a las condiciones, motivos, formas o fines de su actividad.

En el caso, por ejemplo, de una autorización frente a la que no haya derecho de resistencia (potestad de resello) el ente queda obligado a no actuar o a actuar de conformidad con lo sugerido o indicado por el contralor; en el caso de una verificación o investigación indispensable para resolver o seguir adelante un trámite complejo, el ente está imposibilitado para saber el estado de los hechos o circunstancias en que actúa mientras el otro ente no le informe cumplidamente, y, una vez recibido el informe, está circunscrito por éste en cuanto al conocimiento de los hechos pertinentes; cuando requiere un dictamen, aún si éste no es vinculante, siempre que sea necesario, quedará técnicamente limitado a los criterios de solución que éste le ofrece, salvo si recurre a los propios para contrastarlos y debilitarlos, en cuyo caso sobrarían los primeros. En todas y cada una de las hipótesis enumeradas la institución se ve sujeta a un poder de intervención que por sí mismo es una mengua o debilitamiento de la autonomía, porque es correlativo de un estado de sujeción de aquélla. Tales poderes (inspección, con todas sus modalidades, consulta, iniciativa) implican por regla general una superioridad del ente que los ejerce sobre aquél que los soporta (en este caso la institución) cuando menos respecto del asunto mismo que es motivo de su ejercicio.

#### b) —La intervención estatal y el acto complejo.

Diverso parece el caso del acto compuesto (colegiado, complejo o colectivo) por el que un ente extraño concurre con la institución autónoma para formar, con igual jerarquía y fuerza determinante, un acto común. La institución no está inhibida, ni la ley, para regular este tipo de concurrencia, porque lo que el mismo indica en el fondo, es que el cometido o atribución de que se trata no es titularidad exclusiva de la institución sino común a ésta y a otra entidad pública. Esa comunidad de cometidos y poderes concurrentes, exige una ordenación. Este orden no puede ser la subordinación del ente autónomo precisamente en razón de la autonomía, que exige cuando menos igualdad. Pero tampoco ha de ser, necesariamente, la subordinación del otro ente, que puede ser igualmente autónomo. La ordenación, en otras palabras, siempre puede ser una coordinación, que no sea perjudicial para la igualdad entre los dos centros administrativos: coordinación que puede lograrse, o bien fijando diversos campos de acción entre los

órganos que tienen una materia común (por razón del territorio o las personas, por ejemplo), o bien permitiéndoles su acción en iguales campos, pero condicionando recíproca e igualitariamente las resoluciones de cada una sobre la materia. Procurando, esto es, que ninguna pueda actuar sin el consentimiento y concurso de la otra: he aquí el acto compuesto. ¿En qué condiciones es posible aquella recíproca igualdad, o este recíproco condicionamiento? Sencillamente, cuando ningún órgano pueda dar órdenes al otro y cada uno pueda paralizar al otro por su disidencia frente a un proyecto de resolución. Algo así, digamos, como la relación que mediaría entre nuestro Poder Legislativo y nuestro Poder Ejecutivo, si ambos tuviesen potestad de veto sin posibilidad de resello. Conviene insistir en el hecho de que tal solución legislativa en nada perjudicaría la autonomía de una institución, aunque condujera a su eventual parálisis. Pues la autonomía la asegura a la entidad la completa y única decisión de una materia cuando la misma le pertenece por modo exclusivo, sin perjuicio de la concurrencia en cuanto a esa materia, que podría enfrentar precisamente a varias autonomías. En tal caso, la concurrencia de autonomías las proyecta del plano de la independencia al de la igualdad. Ya no es la autonomía para gestionar un cierto grupo de intereses, sino la autonomía para impedir que otro lo gestione sin la voluntad o contra la voluntad de la institución.

¿Conduce necesariamente a la eliminación de esa igualdad toda solución del conflicto que se proponga? ¿Se orienta necesariamente la concurrencia igualitaria de un ente con otro en la gestión de su servicio, hacia la fijación de un tercera instancia que se imponga a los dos y resuelva el conflicto? Necesariamente no, porque la titularidad del cometido —aunque sólo sea parcial— es causa de acción obligatoria y lleva a una corriente de actividad que como tal supera la parálisis de un acto determinado. Una cosa es la gestión y otra cosa es un acto de gestión: el conflicto entre entes iguales y concurrentes puede paralizar un acto, pero difícilmente puede paralizar la gestión. Esa concurrencia global armoniza intereses y provoca su satisfacción, mucho más que los paraliza. El por qué ello ocurre así en la vida administrativa, lo mismo que el por qué de esta coordinación entre entes administrativos, sólo usual entre poderes políticos (Estados o Poderes Supremos), es cosa que explica la Ciencia de la Administración y no

el Derecho Administrativo, aunque sea fuente de su contenido. Dentro de éste, sólo aparece el deber concurrente de actuar para el cometido común, y este solo hecho, unido al control estatal que luego se explicará, produce finalmente la armonía y no el conflicto.

Urge aclarar someramente, para explicarla mejor después, la diferencia que corre, fina pero importante, entre el acto compuesto y el acto sometido a ulterior aprobación.

Un acto compuesto se caracteriza por su estructura y su elemento subjetivo. Es decir, por la forma en que dentro de él se ordenan sus elementos componentes frente al efecto común, y por el contenido de las voluntades a la base de esos elementos. En el primer sentido, lo fundamental de un acto compuesto es que todos los elementos son necesarios para producir el efecto común, en cuanto causas concurrentes y parciales de ese efecto; y que éste, consecuentemente, proviene del acto compuesto en cuanto formado por todos y cada uno de los actos partes, que son así causas parciales del mismo. Mientras no se haya presentado el último acto necesario, el acto compuesto no nace, ni menos su efecto previsto. Y si se presentan —aunque no nazcan—, se ha formado ipso facto una causa potencial o actual de ese efecto. En este sentido puede decirse que el fin común a que tienden los diversos componentes de un acto compuesto es, no tanto la producción del mismo efecto jurídico, cuando la formación de un acto único, causa de ese efecto. Lo fundamental en la voluntad de los sujetos u órganos que participan en la formación de un acto compuesto, es que quieran constituir el acto mismo como unidad, más aún que producir el efecto de éste. Y este más aún significa concretamente que ni es indispensable el conocimiento de ese efecto, ni tampoco la voluntad final de producirlo en quienes concurren a formar el acto complejo. El efecto de éste puede venir directamente de la ley, aparte de toda voluntad de los agentes conscientemente dirigida a su causación, si la ley considera el acto compuesto como un hecho jurídico —y no como un acto— frente a su efecto normal. Pongo el ejemplo del acto colegiado de pura opinión, juicio o representación: el caso de un dictamen consultivo de efecto vinculante sobre el contenido del acto principal posterior. Ciertamente no se requiere en este caso que los integrantes del cuerpo consultivo hayan querido producir la obligación sobre el consultante que de todos modos produjeron, por simple y directo ministerio de la ley. Basta con que

hayan querido formar un dictamen único de mayoría, para que la mayoría lo forme como acto vinculante, aún si no quiso el efecto (vinculante) del dictamen. Es la voluntad de los concurrentes la que forma el dictamen colegiado, como expresión de un juicio, pero es la ley y no aquella voluntad la que forma el efecto vinculante. Sin embargo, el acto complejo existe, como antecedente legal de ese efecto, y cada voto concurrente lo forma a igual título que el resto.

Así, acto compuesto (colegiado o complejo) es el formado por varios actos jurídicos con el fin inmediato de producir un nuevo acto y con el efecto de ser todos, a través de éste, causa indirecta u ocasión parcial de su efecto propio.

¿Cuál es, frente a esta situación, la naturaleza del acto sometido a aprobación? ¿Forman un acto complejo o colegiado el acto sometido a aprobación y la aprobación misma? ¿O son, por lo contrario, actos conexos pero disociados, que no forman uno solo?

No forman uno solo porque no quieren formarlo ni tienen tampoco el efecto de lograrlo. La raíz común que enlaza y nutre ambos conceptos es la de concausalidad: obviamente la aprobación es también necesaria —cuando es obligatoria— para producir el efecto jurídico final de que se trata. Tomemos el caso de nuestra Contraloría: ¿será igual al del Presidente y del Ministro, cuando ambos nombran a un empleado de común acuerdo? Aparentemente sí, porque tan necesario resulta para una institución que la Contraloría le apruebe el presupuesto para ponerlo en vigencia, como al Presidente que el Ministro le acepte el nombramiento de un empleado público, para nombrarlo en firme. En este sentido ambos son constitutivos del efecto final y ambos son causa del mismo.

Hay, sin embargo, desde el punto de vista del efecto, una diferencia esencial. Mientras el acto del Presidente y el del Ministro producen conjuntamente un efecto después de que se ha dado el último de cualquiera de ellos, sin orden cronológico alguno, el acto de la Contraloría sólo produce efectos si se da después del acto sometido a aprobación —y no antes— y con efecto retroactivo a la fecha de este último. Así, por lo menos, parece entenderlo la ley respectiva, cuando dispone la vigencia de un presupuesto a partir de su aprobación, como condición de incierto acaecimiento y en consecuencia con el efecto retroactivo común a toda condición

suspensiva, según un principio general de nuestro Derecho (doctrina del Código Civil, arts. 678 y siguiente sobre condiciones).

De este modo puede decirse que lo típico de los componentes del acto complejo, frente a un efecto jurídico común, es que se dan sin orden cronológico necesario y con carácter prospectivo, hacia el futuro, desde la aparición del último de ellos y de la formación consecuente del acto complejo como unidad. En tanto que la aprobación sólo permite formar el efecto final común si se da necesariamente después del acto aprobado y con efecto retroactivo a la fecha del mismo. Más claro: mientras los elementos del acto complejo forman todos uno solo para erigirse en causa u ocasión desencadenante de un efecto final, que aislados no pueden lograr legalmente, la aprobación intenta exclusivamente permitir que otro acto produzca ese efecto, en desarrollo de una virtud propia, y no como consecuencia de su intervención. Esa intervención, más claro, condiciona la aparición o producción del efecto, en el sentido de que el mismo no se daría si no se diera la aprobación, pero no es su causa, en el sentido de que aunque se dé, el efecto aparece como habiendo sido formado desde antes y no por su aparición. La aprobación aparece, en otras palabras, como necesariamente posterior a la causa verdadera del efecto, que es el acto antecedente aprobado.

Son iluminadoras, al respecto, las palabras de Aldo Sandulli, en su famosa monografía sobre **El Procedimiento Administrativo**, págs. 186 y 187, cuando dice:

“La observación del fenómeno jurídico revela, en realidad, que cuando un supuesto consta de una pluralidad de actos sucesivos, no siempre el nacimiento de los efectos se da a partir del momento en que todos los actos se han realizado; sino que más bien, aunque se produzca sólo con la aparición del último (ese nacimiento) se ubica en el momento en que nada más una parte de la serie ha encontrado su realización...” “Si, de veras, el Derecho permite que los efectos jurídicos empiecen a producirse únicamente cuando un cierto elemento o un cierto grupo de elementos cobran vida en toda su plenitud, y si en vez, al realizarse ciertos otros elementos consiente que la eficacia del supuesto transcurra desde el momento en que aquel primer grupo tuvo lugar, es porque el derecho quiere decir que solamente a éste último atribuye plena

virtud operativa frente al efecto jurídico. Sólo a este grupo le reconoce, esto es, la verdadera y plena productividad sobre el efecto jurídico, y mantiene la acción de los otros elementos con una función puramente confirmativa”.

A esta función puramente “confirmativa” del efecto, o “condicionante” de la virtud creativa de la causa, corresponde paralelamente un elemento subjetivo típico en el acto de aprobación. El acto de aprobación difiere por su contenido y objeto del acto aprobado: en ningún caso entra en la voluntad de su agente —y si entra lo hace irrelevantemente— la voluntad de formar un solo acto y producir un mismo efecto con el agente del acto aprobado. Ambos actos permanecen como independientes ante la representación y la voluntad del contralor que aprueba. En todo caso la ley los regula como si así fuera, aunque en la realidad psicológica pueda no ser así.

Desde un punto de vista jurídico basta con que la Contraloría manifieste su juicio favorable o desfavorable sobre el presupuesto de un ente autónomo, por razones de legalidad, para que éste quede paralizado o se proceda de inmediato a su ejecución. No se requiere al efecto de ninguna orden adicional, ni de ninguna otra manifestación de voluntad anexa a un juicio de control para que la aprobación permita ejecutar el presupuesto, o para que lo impida la improbación. Es que, en realidad, una y otra son actos de juicio o de conocimiento, más que actos de voluntad, a los que la ley adscribe automáticamente un efecto por su sola manifestación formal. Consecuentemente, falta la voluntad de producir un mismo acto unitario inmediato o efecto común mediato, que es la causa de unidad de un acto complejo o compuesto.

En realidad, el acto aprobado persigue un efecto, que es el de su contenido variable de acuerdo con los fines encomendados al ente o la oficina administrativa. Y el acto de aprobación sólo persigue hacer posible la producción del mismo efecto X, determinando la regularidad o irregularidad del otro acto. En este último, el efecto es el definido y querido por la voluntad que lo forma; en el acto de aprobación el efecto del acto como tal, y no como hecho jurídico, es la declaración o externación de un juicio de legalidad. La otra consecuencia, de permitir que se produzca el efecto del acto aprobado, no viene de la declaración misma como acto de

voluntad a ella dirigido, sino como resultado legal no querido o no necesariamente querido de esa declaración en cuanto juicio.

Por todo esto —diverso efecto, diversa naturaleza subjetiva y diverso objeto—, el acto de aprobación y el aprobado se hallan imposibilitados para formar un solo acto complejo o, en general, compuesto. Pero ambos, sin embargo, son ejemplos de concausalidad frente a un efecto jurídico. Hemos dicho que los componentes de un acto complejo son todas causas parciales, pero causas, del efecto final previsto; y que, en cambio, la aprobación es apenas condición de aparición de ese efecto, en cuanto el mismo no es posible sin ella. Es la clásica distinción tomista entre condición y causa eficiente, trasladada al campo de la causalidad jurídica. ¿Podremos traducir esa cualidad de mera condición en algún concepto jurídico utilizable?

La condición en sentido filosófico también lo es en sentido jurídico. La aprobación es una condición de la productividad de efectos jurídicos, todo ello según los términos ya explicados cuando se habló de las eficacia e ineficacia como situaciones jurídicas objetivas de los actos administrativos.

### c) —La intervención estatal y las autorizaciones.

Conviene ahora analizar, después de los actos de tipo preparatorio, los actos de tipo integrativo. Se trata, por ahora, de la autorización.

La autorización es una forma de control preventivo, porque se da antes de la formación y la eficacia del acto controlado. Se llama a priori, porque es anterior al acto y precede su formación y no sólo su eficacia; y se opone a la aprobación que es también un control pero a posteriori, porque aparece después de la formación del acto y antes de su ejecución.

La función de la autorización es evitar un daño inminente al interés público por una actividad o resolución del ente autónomo o de un particular, y opera, por eso mismo, estrictamente en aquellos casos en los que no sería posible evitar ese daño en otro momento por la naturaleza de la actividad autorizada, cuando ésta es de efecto instantáneo e irreparable. El caso, por ejemplo, de la

portación de armas de fuego, que si no se vigila y verifica en cuanto a su no peligrosidad antes de iniciarse, puede traer consecuencias irreparables. Igualmente con los proyectos de venta de un inmueble, por un ente a otro o a un particular. La falta de control preventivo podría acarrear graves consecuencias si la venta se llegara a operar en condiciones desventajosas para el ente, aún si en favor de un particular de buena fe. A diferencia de la autorización la aprobación es usual para resoluciones de ejecución prolongada, respecto de las cuales resulta imposible obtener un esquema previo muy detallado.

Aparte de estos aspectos funcionales, que determinan la elección de uno u otro medio de control según el tipo de actividad controlada, hay un aspecto de la autorización que conviene destacar, y es el de su efecto.

Coinciden todos los autores en afirmar que la autorización remueve un límite u obstáculo, o hace posible, el ejercicio de un derecho ya existente en el autorizado, sin crearlo. Y la contraponen así a la concesión, que sí crea el derecho, y a la admisión, que lo crea pero sobre el supuesto de un derecho previo del particular a ser admitido (preliminar éste que no existe en el caso de la concesión).

El concepto de la autorización, como remoción de un obstáculo al ejercicio de un derecho, que lo hace posible, no es, sin embargo, una definición reveladora, porque también los actos preparatorios producen el efecto —que llamamos situación jurídica objetiva— de hacer posible que un ulterior acto, con una determinada naturaleza jurídica, se realice posteriormente; y, no obstante ello, no son autorizaciones. Es preciso, para dar una idea completa de lo que es ésta, que se explique cómo la misma hace posible el ejercicio de un derecho preexistente, y por qué con anterioridad a ella tal ejercicio es imposible.

Coinciden todos los autores en que toda autorización supone una prohibición supeditada a un posterior acto administrativo que la elimine, con vista de las circunstancias de ejecución. Se dice, por eso, que la prohibición previa a la autorización es relativa y no absoluta, porque se puede levantar caso por caso, según criterios de oportunidad.

“A propósito puede afirmarse —ha dicho Flaminio Franchini— que el sistema de la autorización representa un sistema intermedio entre una prohibición absoluta (sin posible excepción administrativa) y una absoluta libertad. El Estado, frente a la actividad particular o de otros entes públicos menores, puede prohibir sin excepción alguna el desenvolvimiento de una determinada actividad; o puede, en lugar, escogiendo la vía opuesta, dejar una amplia y completa libertad de acción... Al contrario, el sistema de la autorización representa la solución intermedia entre esos dos opuestos métodos de regulación. Pues la actividad autorizable no puede, en verdad, decirse absolutamente prohibida, desde el momento en que es la expresión de un derecho reconocido por el orden jurídico; ni tampoco, por otra parte, absolutamente permitida, porque el mismo orden ha condicionado expresamente su ejercicio, a la emisión de un posterior acto administrativo, que se resuelve implícitamente en una momentánea prohibición”. (“Las Autorizaciones Administrativas Constitutivas de Relaciones Jurídicas entre la Administración y los Particulares”, pág. 23).

De este modo, la autorización remueve una prohibición o la levanta, y permite en alguna forma lo que antes no estaba permitido. El problema es el modo de llevar a cabo esa permisión.

Para aclararlo, el problema puede formularse mejor, así: la autorización, ¿autoriza el acto y su contenido, formando uno nuevo con la voluntad previa del sujeto que la requiere; o la autorización autoriza y capacita al sujeto mismo del acto autorizado, confiriéndole una capacidad que antes no tenía?

Parece claro que la autorización es un requisito de legitimación del ente, que le confiere la capacidad para ejercer sus potestades ya existentes en el caso concreto. La explicación de esto no resulta difícil después de la distinción que antes se había hecho entre la nuda existencia de un derecho y la posibilidad de ejercicio del mismo. Habíamos dicho que tal distinción es paralela a la otra que hay entre capacidad de goce y de ejercicio en el derecho privado, y entre derecho subjetivo y potestad de acción, en cualquier ramo del derecho. Se indicó también el caso de los contratos sometidos a condición suspensiva, donde existe el negocio pero no la posibilidad actual de ejecutarlo.

Aquí esa distinción cobra plena vigencia, si se enfoca el caso de la autorización precisamente como uno de aquellos en que el ordenamiento disocia la titularidad de un derecho subjetivo de la posibilidad de ejercerlo y condiciona la existencia de ésta última, después de haber conferido ya plenamente la primera, al acto de autorización que la cree. Así, es cierto que la autorización no crea el derecho subjetivo a la actividad de que se trata, como la concesión, pero es también cierto que la autorización crea algún derecho, que es aquél a ejercer inmediata y actualmente la posibilidad de conducta contenida en otro derecho subjetivo preexistente. La autorización confiere la potestad de ejercer el nudo poder y, en ese sentido, capacita al ente público para desarrollar la actividad que de otro modo no podría prestar en ningún caso.

La preexistencia del derecho nudo, separado de la potestad para su práctico y actual ejercicio en un caso concreto, se revela como supuesto necesario de la autorización cuando se piensa que, primero, no puede darse ésta al que no presente ese derecho ni logre demostrar cuando menos su razonable apariencia, así como no puede autorizarse para edificar al que no logra demostrar la propiedad aparente de la finca sobre que ofrece construir; y, en segundo lugar, cuando se piensa que el rechazo de la autorización no puede darse, en ningún caso, por razones de ilicitud o peligrosidad en abstracto, sino fundándose en consideraciones particularizadas sobre las circunstancias especiales, propuestas en el caso concreto para el ejercicio del derecho. Porque la actividad en abstracto y como tal está ya previamente permitida.

En todo caso la autorización le da al ente la capacidad para actuar que antes no tenía, ni aún dentro de las particulares circunstancias que envolvían su derecho. De donde puede equipararse la autorización a una concesión de la capacidad para realizar un acto o una actividad en una circunstancia concreta, actividad o acto previamente autorizados en abstracto como objetos de un nudo derecho.

Desde este ángulo resulta clara la incompatibilidad de las autorizaciones como medio de control preventivo a priori con la autonomía constitucional de que gozan nuestros entes menores. Pues, en el sentido explicado, someter tales entes a una autorización es tanto como supeditar su capacidad de ejercicio de las potestades administrativas y de gobierno que les corresponden, a

una concesión emanada de otro ente, titular del control. Es, plenamente, negar por ley a aquellos entes la plena capacidad de ejercicio que sin limitaciones les ha otorgado nuestra Constitución.

Contra esta limitación radical del control por autorizaciones pueden alegarse argumentos de muy diverso tipo, algunos de muy fuerte impacto lógico. Puede decirse que la autonomía es la cualidad de un poder legal, cuya existencia depende de la del mismo poder. Que, consecuentemente, la autonomía sólo está autorizada respecto de los actos legales de la institución, que sean ejercicio de poderes jurídicamente existentes de ésta. Y que, por ello, el antecedente necesario de todo acto descentralizado debe ser la verificación de la legalidad del acto y de la existencia del poder respectivo.

El razonamiento es impresionante, pero es equivocado en nuestro medio. Aquí en Costa Rica, la Constitución consagra la autonomía como independencia de la institución en materia de gobierno y administración. Si conceptuamos —como debe ser— que la legalidad no es sino una nota más de un acto y de su contenido, y que la autonomía es un modo de actuar, independiente del contenido de cada acto, puede verse claro que la autonomía es una autorización para actuar en una cierta forma libre e indeterminada frente a otros entes, aun a riesgo de que el contenido de los actos realizados sea claramente ilegal. Es cierto que el ente debe ajustar su conducta a la ley, pero este principio de legalidad que también rige a los entes autónomos se refiere exclusivamente a las relaciones de los mismos con la ley, y no a sus relaciones con otros entes. La legalidad de estas últimas, para contrastarla mejor con la de su conducta, consiste precisamente en vedar toda intervención o supremacía de un extraño sobre el ente autónomo, antes de que éste haya actuado por primera vez, aún si tal intervención se da para evitar que esa actuación sea ilegal. Puede decirse, por todo ello, que la autonomía es una cualidad del ente y no una cualidad del acto; y una cualidad que es un método o forma de actuación, que el ente conserva frente a todos sus actos posibles, aún si los mismos son ilegales y no están basados —como deben— en un verdadero poder legal.

Es posible que un control preventivo de legalidad evite la violación de ésta en un caso concreto, e impida que se ejerzan

potestades que no se tienen o que se ejerzan mal las que se tienen. Pero, entonces, el poder de actuar para sus fines, propio del ente según la Constitución, quedaría paralizado frente a la autoridad contralora, que también podría disentir sin fundamento en los casos en que la institución pretendiera el legítimo ejercicio de su competencia. No sería ésta en situación de libertad sino la autoridad central contralora la que diría la última palabra sobre el contenido posible del acto todavía no nacido. Cabe decir, por todo ello, que la Constitución ha permitido la autonomía como independencia y con ello ha preferido la libertad de la institución a la legalidad de su conducta. La actuación siempre deberá ser legal y si es ilegal deberá ser anulada; pero es preferible que pueda ser ilegal y anulable por autónoma determinación del ente, a que no lo sea por intervención preventiva de un poder extraño. Esta es la esencia de nuestra autonomía.

Podría afirmarse que tal es una explicación gratuita y superficial de nuestra autonomía, sin fundamento doctrinal ni asidero en nuestra Constitución. Pero el razonamiento contrario, que sostiene la posibilidad de autorizaciones frente a entes autónomos, padece un grave espejismo lógico. Invierte, en efecto, los términos del problema. Cree justificadas las autorizaciones porque son necesarias para evitar la ilegalidad de la actividad descentralizada, pero olvida que el planteamiento debido es el inverso. Si la independencia de nuestras instituciones emana de la Constitución y no de la ley, en ningún caso basta con que un control o una intervención sean necesarios a la observancia de la ley para que sean compatibles —sólo por eso— con aquella independencia. Pues bien es posible que ésta haya sido consagrada por la Constitución aún si conduce eventualmente a la violación de la ley. Con ello la constitución no permitiría al ente violar la ley —que siempre debe respetar bajo pena de nulidad— sino que le impondría respetarla, pero sólo por decisión propia y con todos los riesgos inherentes al uso abusivo de la libertad sin previa censura. Abusos, por otra parte, igualmente comunes pero no más graves que los que diariamente ocurren en el campo de los derechos humanos.

Quede así aclarado, en definitiva, el que las autorizaciones como control preventivo de legalidad son un sistema de supremacía central prohibido por la Constitución en salvaguardia de la autonomía.

#### d)—La intervención y los modos de organización pública.

Si no es posible el control a través de autorizaciones, será posible el control central sobre el ente a través de una potestad directora, que imprima un rumbo político a su gobierno y pueda, incluso, atarla a sus órdenes, circulares o instrucciones? ¿Tiene alguna relación la existencia de esas potestades en cuestión con el modo de organización de las instituciones?

Conviene aclarar que todas las potestades cuya existencia se cuestiona frente al ente autónomo, de dirección, de ordenación, de control sobre la política o la oportunidad de su gestión, etc., son formas de organización por supremacía de un órgano sobre otro, que suponen una concurrencia de cometidos y que limitan la independencia en el uso de las potestades discrecionales del centro sometido.

La admisión de aquellas potestades puede considerarse, a priori, como imposible en nuestro medio. No obstante, precisa justificar este principio cuyo grave alcance negativo apunta, por el reverso, hacia la admisión de otros poderes de intervención y de control sobre la legalidad de la actualización descentralizada.

1)—**Ordenación formal y material de los entes:** La doctrina, en general, configura tres formas diversas de supremacía o de relaciones por sub o supraordinación entre centros públicos, que son: 1) de jerarquía; 2) de dirección; y 3) de tutela.

Se había visto inicialmente, cuando se examinó la posición de los entes autónomos frente a la Asamblea, la forma en que el orden jurídico puede ordenar las fuentes y, fundamentalmente, cómo es posible recurrir a dos principales métodos al respecto: la articulación por el sujeto y la articulación por la materia. Se explicó que el primer sistema conduce a establecer grados de superioridad entre varios sujetos, que actúan según diversos procedimientos, creando actos de diverso rango, en forma independiente del efecto y del contenido de los mismos. Así, vimos cómo la Asamblea es el órgano supremo de nuestro orden constitucional, en virtud de una intrínseca superioridad atribuida por la Constitución, que le permite someter a sus actos, por ser suyos, derivados de un determinado procedimiento, todos los otros actos y normas del sistema. Se halla, en tal sentido, en posición de primer grado,

porque está subordinada sólo a la Constitución y a ninguna otra fuente regulada por ésta.

Pero vimos también cómo, de acuerdo con la Constitución, es posible establecer la ordenación de dos fuentes sin jerarquizar los órganos o sujetos que las ponen en movimiento, separando rígidamente las materias o ámbitos de acción de cada uno. Y se dieron ejemplos, discriminando entre los entes autónomos: todos están subordinados a las leyes de la Asamblea, en tanto las mismas son actos derivados de un procedimiento que confiere autoridad formal irresistible a sus resultados, simplemente porque se trata de ese sujeto y de ese procedimiento, y no de otros cualesquiera; y así la Asamblea es superior e inferiores los entes autónomos, en razón de ser cada uno lo que es, por decisión libre del orden constitucional, y no por ninguna otra razón atinente al contenido de los actos, ni de las competencias.

Pero se presentó también una clara excepción: nuestra Universidad, institución descentralizada por materia, no sólo en el sentido de que tiene un servicio especializado a su cargo, como límite a su competencia —especialización ésta que es nota común a todas las instituciones no territoriales— sino en el sentido particular de que, exclusivamente en relación con ella, nuestra Constitución parece otorgar una descentralización plena e irrestricta de gobierno y administración, que incluye una capacidad reglamentaria de la materia de su competencia absolutamente prevalente sobre la potestad legislativa. Aquí quedan, claramente ejemplificados, los dos tipos de ordenación de las fuentes jurídicas; subordinación plena y total de los entes autónomos comunes a la Asamblea, en cuanto ésta es superior como sujeto de un especial procedimiento que se estima intrínsecamente más potente y efectivo; e independencia completa de la Universidad frente a la Asamblea, que incluye una correlativa subordinación de ésta, en la materia propia de la competencia especializada de aquella. De donde se ve por qué la consulta obligada a la Universidad que debe hacer la Asamblea para emitir leyes sobre aquella, resulta no sólo necesaria sino también vinculante, y obliga a la Asamblea a conformar a ese dictamen el contenido de las leyes sobre la enseñanza o la organización universitarias (art. 88 C. Política).

Puede decirse así, que las dos principales formas de organizar las fuentes jurídicas, consisten en la formación de competencias

concurrentes y subordinadas sobre la misma materia, territorio y personas; y en la formación de competencias tangentes y exclusivas en cuanto a esos mismos ámbitos de poder, sin subordinación entre sí.

2)—**Competencias concurrentes e iguales:** No faltan, sin embargo, los casos de competencias objetivamente concurrentes que están coordinadas (como iguales) y no subordinadas entre sí. El orden puede optar por exigir que ningún órgano pueda hacer algo sino recurriendo al consentimiento y concurso del otro, que es libre para darlo o no. Es el caso del acto complejo ya antes examinado, lo mismo que el de los acuerdos entre instituciones que persiguen todas un mismo fin accidental, como los consorcios que preveen nuestras leyes municipales entre diversas corporaciones, para gestionar una obra de común interés. En este último caso, más que de una colaboración necesaria —como la que se da entre nuestros poderes colegisladores— se trata de una colaboración voluntaria, que, sin embargo, configura un típico caso de competencias concurrentes armonizadas a través de la convención y no del mando de un órgano sobre otro.

3)—**Dirección y normatividad:** Ocurre diversamente con la llamada dirección. Ya vimos cómo la función de gobierno o de dirección es una función deliberativa, que produce decisiones vinculantes de la actividad de la institución en cuanto a sus fines básicos y programas, y que, en ese sentido, funciona como actividad normativa respecto de la gestión normal de la institución, encargada de cumplir esos programas.

Esta función normativa de las deliberaciones, entendidas como la formulación de una voluntad de decidir algo futuro con un cierto contenido, por contraste con las decisiones, entendidas como la formulación de la voluntad misma que resuelve y produce los efectos deseados, es extensible a todos los casos en que también se fijan los posibles medios o modos de actuación del ente, en detalle y no sólo en sus programas. Pues, en efecto, toda deliberación que proyecta un acto, sea en cuanto a su contenido, sea en cuanto a sus fines, impone a éste la adhesión a sus términos, de modo que sólo es válido si se ajusta a los mismos y nulo si los desconoce.

Esta nota de las deliberaciones frente a los actos de ejecución, por razón de la cual aquéllas se ponen como normas condicionantes de la validez de éstos, ha sido erigida en categoría jurídica por la

escuela vienesa del derecho, para la cual todo acto es una perspectiva de doble vertiente, norma que condiciona y dirige la realización de un acto posterior que habrá de aplicarse y, a la vez, aplicación de otro acto anterior —y por eso mismo, superior— que se dictó con vista a regular precisamente su formación y ejecución. Cada acto es norma y aplicación de una norma, según el ángulo desde que se lo mire. Y así, no sólo las reglas generales dictadas para regular la conducta humana, sino también los actos concretos dictados para satisfacer directamente una necesidad jurídica devienen normas de derecho.

“Los actos de aplicación son creadores de nuevos preceptos, por lo cual se ha escrito que, como la cabeza de Jano, tienen siempre dos caras. Examinados desde arriba, esto es, desde el punto de vista de la norma básica, aparecen como aplicadores de los preceptos que condicionan su existencia; mirados desde abajo, es decir, desde el otro extremo de la escala, son reglas condicionantes de ulteriores actos de aplicación. La orden de embargo dictada por un juez ostenta, frente al ejecutor, carácter normativo en cuanto le impone ciertos deberes de índole exigible; pero en relación con la sentencia es aplicación de ésta y en ella encuentra su razón de validez (Eduardo García Maynes, *Lógica del Juicio Jurídico*, pág. 65).

Esta tesis, según la cual todo es norma en el derecho, excepto el acto ínfimo de ejecución material de una orden concreta, que no contiene ninguna formulación de juicio ni de voluntad, es en nuestro concepto errónea. En efecto: la orden embargo dada por el juez no se refiere a un acto futuro para regular su contenido, sino que se limita a hacer posible que el acta de embargo se lleve a cabo y, simultáneamente, produce por sí y autónomamente la afectación de la cosa embargada al pago de la deuda. Es decir, la orden de embargo —como todo acto administrativo o procesal de efecto autónomo— presenta la doble nota, incompatible con la normatividad, de determinar una conducta condicionando su validez y haciéndola posible, pero sin indicar cómo debe ser esa conducta ni sus elementos; y de servir por sí y directamente para producir un efecto de derecho que inmediatamente satisface una necesidad humana, de producir una ventaja o desventaja jurídico-subjetivas, sin depender para ello de un acto posterior de aplicación.

Las notas contrarias —típicas de lo normativo— de regular una conducta futura y sus diversos elementos, y de limitar su

efecto a esa regulación sin producir por sí misma ninguna ventaja o desventaja jurídicas concretas, son precisamente las que presentan las deliberaciones —de gobierno o de administración— a diferencia de los actos administrativos comunes o de ejecución. Por eso puede decirse, según todo lo analizado cuando se examinó la potestad de gobierno, que las deliberaciones son verdaderas normas concretas, como las sentencias, a diferencia de los actos comunes de administración o de trámite, como las órdenes o decretos de embargo.

Es esta la segunda forma —después del acto complejo o acuerdo— que reviste la ordenación de órganos con competencias concurrentes en cuanto a materia y territorio. Si no hay igualdad, a través del acto complejo o del acuerdo, hay una dependencia del acto de ejecución respecto de las deliberaciones, por virtud de la cual éstas mandan sobre aquél y regulan como norma los diversos elementos que lo componen.

4) —**La jerarquía y la autonomía:** Queda, sin embargo, el caso más patente y agudo de supremacía, que es el de la jerarquía.

Aquí, como en las hipótesis de concurso de voluntades iguales (acto complejo, acuerdo) y de relación entre actos desiguales (deliberación, acto de ejecución) hay dos órganos competentes que tienen los mismos campos de acción en cuanto a territorio, materia o personas. O, cuando menos, dos campos parcialmente iguales de acción, uno de los cuales puede ser mayor pero tiene que ser necesariamente comprensivo —y en ese sentido concurrente— respecto a otro. Sin embargo, y es ésta la diferencia fundamental, sobre el mismo ámbito sólo hay un órgano que se reputa el mejor, y todos los otros como inferiores y peores en cuanto a autoridad y eficacia. La jerarquía se funda en esta desigualdad intrínseca e inicial entre los diversos centros que ostentan una competencia concurrente, excepto por razón del grado, dada la superioridad gratuita de uno sobre todos los demás.

En este sentido cabe aclarar que tal caso de competencias concurrentes se da, no cuando se atribuyen varias competencias iguales a órganos pertenecientes a diversos entes, sino cuando una sola competencia es atribuida a un ente complejo, compuesto por varios órganos a los cuales cabe presumir que esa competencia corresponde por igual, en tanto que son partes del todo al que ha sido atribuida. O bien, cuando una misma competencia es

sucesivamente atribuida a varios órganos de un mismo ente, uno superior de los otros, sin decir expresamente cómo se resuelve el conflicto que esa concurrencia plantea. La comunidad de competencia, pues, habrá de deducirse sobre todo de la pertenencia del órgano u órganos a un mismo ente, y no sólo de la coincidencia de esferas de acción entre órganos de diversos entes.

El hecho de que se trate de una sola competencia, correspondiente a una sola persona jurídica, distribuida entre diversos órganos de la misma, y el hecho de que la ley haya presumido una desigualdad intrínseca e inicial entre esos diversos órganos, por modo que los unos se consideren mejores y más eficientes que los otros en la realización del cometido común, produce un doble fenómeno. En primer lugar, permite al órgano mejor excluir con su voluntad la del inferior cuando ambas se contradigan, y en segundo lugar, permite al superior hacer todo lo que puede hacer el inferior, como si fuera éste mismo. Ambas posibilidades combinadas, conducen a la ya apuntada fungibilidad unilateral de la competencia del inferior frente a la del superior, que en cualquier momento puede sustituirse a la voluntad de aquél, o avocarse a sus negocios, como si estuviera conociendo de asunto propio. De aquí resulta que la contradicción y la intervención del jerarca frente al inferior puede darse no sólo después de que éste haya formado su voluntad sino también antes; y expresarse no sólo a través de una resolución dictada a instancia del particular bajo forma de recurso, sino también a través de órdenes, instrucciones, circulares y sustituciones avocatorias como las descritas, que son oficiosas y previas a la resolución inicial del subordinado.

He aquí, entonces, el esquema de la jerarquía por contraste con la autonomía: a) igualdad de competencia, que sólo existe si hay una sola desde el punto de vista de la materia y del territorio, distribuida por igual entre los órganos de un solo ente complejo; b) desigualdad de los órganos, mediante una calificación inicial de unos como más eficientes y sabios que otros, independientemente de los poderes que a cada uno se le atribuyan; y c) fungibilidad de la competencia del inferior frente al superior, que permite a éste intervenir la conducta de aquél antes y después de formada su resolución.

Resulta obvio, por lo dicho, que la jerarquía nunca puede existir entre el ente central y el ente autónomo. Pues no concurre

ninguna de las condiciones necesarias para que aquella tome forma y coexista con la autonomía.

En primer lugar, la autonomía supone —por definición— una especialización en cuanto a la materia, respecto de cuya gestión sólo el ente y sus directores son exclusivamente responsables. Para lograr ese fin ya vimos que nuestra Constitución confiere al ente la totalidad de los poderes administrativos y de gobierno (reglamentarios) que sean imprescindibles, y que, en tal sentido, sólo el ente con exclusión del Estado Central es el titular de esa competencia material. Se trata, según ello, de una competencia exclusiva por razón de la materia frente a la administración central, aunque frente a la legislación se trata de una competencia común y concurrente. Si hay competencia administrativa exclusiva, no puede haber jerarquía, que ya vimos depende de la existencia de una competencia común.

Pero falta, además, la desigualdad de los órganos, porque, salvo frente a la Asamblea, no hay ningún órgano del Estado Central que pueda considerarse como mejor, y más eficiente y sabio, que el jerarca del ente autónomo, dentro del campo específico de su servicio. Y, finalmente, y en consecuencia de los dos anteriores defectos puntualizados, falta también la fungibilidad de las competencias, que son precisamente excluyentes e intransferibles. Imposible, entonces, la jerarquía ni sus intervenciones sobre la vida del ente antes de que éste tome su decisión primera, como si fuera idéntica la esfera del ente central que la del ente autónomo.

5) —La intervención estatal y la oportunidad: Esto nos lleva, precisamente, a la afirmación de otra premisa, para resolver el problema del Estado director del ente autónomo. Para saber si el Estado Central, que ya sabemos no puede ser jerarca, puede o no ser director del ente autónomo, se requiere primero confirmar todo lo ya dicho, sobre la imposibilidad en que también se encuentra para controlar la oportunidad de las actuaciones del dicho ente.

Se ha explicado ya que el ente autónomo significa por sí mismo una mayor capacidad de dirección y administración del servicio, frente a todo otro sujeto, incluyendo el Estado Central. Y habíamos fundado tal aserto en tres reflexiones que ahora se pueden resumir.

En primer lugar, la especialización implica una mayor capacidad de servicio por razones supuestas en toda división del trabajo, cuya explicación pertenece a la ciencia de la administración y excede los límites de este estudio. Es evidente, y baste con apuntarlo así, que la división del trabajo implica una complejidad en el mismo que escapa al control y dominio del jerarca único, y, consecuentemente, una incapacidad de éste para conocer de las divisiones hechas, en tanto que tales.

En segundo lugar, la naturaleza misma de la personalidad jurídica significa una presencia de la libertad, cuyo correlato necesario es la plena capacidad de autodirección. Si, como se vio, la exclusividad de la competencia dentro de una organización burocrática es ya motivo suficiente para eliminar todo vínculo jerárquico, por mayoría de razón es imposible la subordinación del ente al Estado, que es más que un órgano por ser una persona, en punto a lineamientos políticos o culturales de administración. En estos aspectos, la sola elección de la entidad autónoma como recurso para separar el centro administrativo de la organización central, implica una esfera amplia de discrecionalidad y libertad a su favor, que significa su completa independencia en cuanto a los criterios que le sirven para usar de esa libertad. Estos criterios son, precisamente, lo que se llama oportunidad o mérito de la administración. Si el ente se separó de la administración sometida a controles en todos sus aspectos, fue justamente para que no estuviera igualmente controlado o intervenido, sobre todo en aquello que implica elección y apreciación discrecional.

En tercer lugar, y es éste el aspecto fundamental, la descentralización tiene por principal objeto el acercamiento de la decisión a la responsabilidad, como un estímulo para la buena administración. Si se mira a la variada apertura de posibilidades y ramos de acción que abarca un Ministerio, así como a la compleja composición del mismo, se comprende la imposibilidad de hacer responsable personalmente al Ministro por los actos de todo el personal subordinado. Pues es demasiado pesada la carga y son demasiados los órganos que pueden intervenir en una sola decisión. Con ello se pierde el principal estímulo en el manejo de un negocio complejo, que es la evitación del fracaso, revelado por las consiguientes responsabilidades. O, todavía más claro, el éxito, revelado por la ausencia de sanciones, personales o pecuniarias. La descentrali-

zación tiene por objeto fundamental, aunque no como más valioso resultado, el logro de un sentimiento continuo de responsabilidad basado en una reducción del campo de actividades y en una ampliación de la confianza en el gestor. Así, si el jerarca es especializado y tiene a su disposición la casi totalidad de los poderes y los criterios de administración, dentro de una organización sencilla y centralizada, el jerarca que lo puede todo puede ser responsabilizado, conjuntamente con el servicio, por cualquier mal funcionamiento del mismo. Pero esto requiere, fundamentalmente, confianza en el gestor, es decir: otorgamiento de todos los poderes de gestión con toda la discrecionalidad posible. Resulta ilógico pensar en un ente autónomo destinado a desenvolver una actividad puramente ejecutiva y ceñida a la ley. Responsabilidad patrimonial del ente y personal de sus directores, equivalen a una y la misma cosa que amplitud de poderes y libertad lo más plena posible para su ejercicio. Esto, a su vez, es lo mismo que soberanía para escoger y manejar las reglas de la oportunidad en la dirección y la administración del servicio.

De este modo, para concluir, especialización, personalidad y responsabilidad del ente y de sus directores, son el fundamento de la supremacía de aquél en lo tocante a la oportunidad o al mérito de su gestión. Desde este punto de vista, que es el de su campo propio de acción, el control que pudiera conducir a paralizar la actividad del ente por simples diferencias de criterio y apreciación con el Estado Central parece estar constitucionalmente vedado. El control central de oportunidad, preventivo o sucesivo, es constitucionalmente imposible frente a nuestras instituciones autónomas.

Pero esta conclusión requiere ser puntualmente entendida. Así enunciada resulta equívoca y peligrosa, porque oscurece y oculta uno de los principales aspectos de la relación que corre entre entes autónomos y Estado Central.

6)—**Discrecionalidad, oportunidad e intervención:** En primer lugar, la discrecionalidad del ente autónomo no es más que eso, lo que quiere decir que es una libertad rigurosamente limitada. Ya se vio cómo las instituciones autónomas están sometidas a la ley, fuera de los aspectos que después se examinarán como ejemplo de lo contrario. Y que, en ese sentido, si gozan de una discrecionalidad es también con base en la ley, que se las permite como un recurso

regulado para el logro de sus fines especializados. Desde este punto de vista, la discrecionalidad de los entes autónomos está sometida al principio común de legalidad en los términos precisos antes enunciados y sólo resulta posible si hay una norma expresa o un principio extraído por analogía con ésta, que contemple un fin, un sujeto y un presupuesto o contenido del acto en cuestión. La discrecionalidad surge, pese a esa determinación de elementos más o menos exhaustiva, por varias razones cuyo análisis pertenece a la teoría general del Derecho administrativo. En resumen, importa aquí nada más hacer una distinción radical entre interpretación de una norma (oscura e imprecisa) y discrecionalidad. Si, por ejemplo, se dice que la Municipalidad desalojará casas insalubres, es cosa de interpretación de la ley según criterios técnicos, y no de discrecionalidad, el determinar si una casa lo es o no. Pero es discrecionalidad, y no mera interpretación, el proceder a la clausura de una casa porque es inmoral el uso que se le da como lugar de diversiones.

La diferencia entre ambas hipótesis resulta clara. En el primer caso se trata nada más de precisar lo que dice la ley, mediante aplicación de reglas técnicas invariables, a procesos o estados de hecho reducibles necesariamente a esas reglas, que son las mismas en condiciones iguales. En el segundo ejemplo, en cambio, se trata de saber qué es moral o inmoral.

La discrecionalidad no nace sino desde el instante en que, por la variación de las circunstancias, se arriba a un punto en que no son reglas técnicas sino cálculos de probabilidades fundados en la experiencia, enteramente personales e imponderables, los que definen el concepto legalmente impreciso. Pero, entonces, se arriba a situación igual a la del segundo caso, cuando se trata de aplicar normas morales o criterios culturales para apreciar la conducta. Porque en el caso de las normas morales y, en general, cuando se trata de apreciar la existencia de un valor y de su realización en la vida social, hay que estar al criterio personal y variable del agente, siempre que sea razonable. Lo que es razonable es, en definitiva, lo que la sociedad y el medio ambiente piensan al respecto, pero aún así y aún admitiendo el carácter objetivo de aquellas normas, siempre resulta decisivo el juicio y la voluntad del ente para la formulación del criterio debido. Lo social y lo objetivo pueden ser un límite para las apreciaciones culturales (no técnico-

científicas) del agente, más allá del cual es absurdo o ilegal lo pensado o decidido por éste; pero no es, en modo alguno, el elemento que llena y determina el contenido de su conducta. Dentro de ese límite el funcionario o jerarca se determina libremente a sí mismo, usando de la posibilidad de elección que le deja abierta la naturaleza intrínsecamente variable e imprecisa de las normas y los conceptos culturales.

La regla para definir lo que puede hacer y no hacer el Estado, en punto al uso de los criterios de oportunidad por el ente autónomo, es pues una regla de doble contenido. Por una parte, el Estado Central no puede interferir la actividad descentralizada ni aún bajo la forma del control, cuando invoque razones y criterios puramente empíricos o culturales. En este aspecto, la autonomía garantiza una irrestricta capacidad de actuación al ente descentralizado, que le permite juzgar libremente y sin control sobre lo que debe o no hacer. Siempre que, puesto en marcha un control central, se arribe a la conclusión de que el criterio decisivo es de aquella naturaleza, el contralor debe aprobar y dejar actuar al ente con absoluta libertad de criterio. Sólo si hay una manifiesta y obvia violación de las reglas que indican lo debido y deseable, puede el contralor ejercer su función enervante y paralizar la actividad de la institución. Se trata, en resumen, del respeto a la pura discrecionalidad administrativa.

Pero, por otro lado, la discrecionalidad del acto estará sometida a la ley, necesariamente en cuanto al sujeto competente y al fin, y, optativamente, en cuanto al motivo o al contenido (principio de legalidad). Las reglas técnicas, además, se considerarán incorporadas a la ley, siempre que se trate de reglas susceptibles de ser aplicadas exacta y totalmente a un caso, sin necesidad del recurso a normas prácticas y puramente empíricas de cálculo o decisión. El control central puede intervenir no sólo para vigilar la puntual observancia de la ley sino también para vigilar la observancia de aquellos límites legales por un acto ampliamente discrecional, en la medida en que no lo es. Es decir, para controlar sucesivamente que el sujeto actor sea el competente, que el fin sea el legal y que en cuanto a motivo o contenido, se haya usado razonable —y no arbitrariamente— de las reglas técnicas y de las normas culturales en juego.

Sobre todo para controlar el uso de estas últimas que marcan la linde última entre vinculación y discrecionalidad.

Es obvio que la naturaleza prácticamente variable y subjetiva —enteramente compatible, por otro lado, con la objetividad de los valores que cristalizan— de los conceptos y las apreciaciones de tipo cultural, impide fácilmente un control sobre su empleo; y que los casos de contradicción entre esos conceptos y apreciaciones y la actividad administrativa, no obstante ser frecuentes, son de difícil sistematización. Basta el principio general de que habrá discrecionalidad en la medida en que haya una decisión lógica y conforme con un criterio cultural medio.

#### e)—Intervención estatal y discrecionalidad técnica.

Pero resulta muy importante, en cambio, hablar brevemente de la discrecionalidad técnica que tanto se nombra alrededor de los entes autónomos, para saber exactamente qué alcance tiene y en qué condiciones puede el Estado controlarla, invocando precisamente razones de legalidad y no de oportunidad.

La cuestión que cabe levantar es, ¿hay vinculación o hay discrecionalidad, cuando se trata de aplicar reglas y criterios técnicos a la solución de un problema administrativo?

Hemos visto que la hipótesis cuestionada es un caso de vinculación y no un caso de discrecionalidad, pero la conclusión dicha merece un más amplio desarrollo. Desarrollo que haremos, en este punto, casi con literal apego a las ideas y al orden temático de la magistral exposición que hace el profesor Renato Alessi sobre este problema, en su *Sistema Institucional de Derecho Administrativo Italiano*, págs. 164-169, al cual remitimos sin reservas para la forma original del planteo.

1)—El profesor Alessi distingue entre discrecionalidad pura y técnico-administrativa.

La discrecionalidad pura es la que ya explicamos y ocurre siempre que es preciso resolver un problema o tomar una decisión con criterios empíricos o culturales (morales, psicológicos, de equilibrio de fuerzas, de compromiso, etc.). Entre los criterios empíricos tienen principal rango aquellos que pueden referirse, incluso, a una situación técnica pero precisamente en aspectos en que no

lo es, por no reflejar relaciones invariables los instrumentos lógicos que permiten entenderla.

Se trata, por ejemplo, de conceder un permiso de portación de armas, según la mayor o menor probabilidad de buena conducta del solicitante; o, para hablar ahora de instituciones autónomas, se trata de conceder o no un seguro de automóviles, según la biografía de siniestros que tenga el interesado. Igualmente si hay que medir, por ejemplo, la moralidad y solvencia económica de los cónyuges que solicitan la adopción o el depósito en sus manos de un menor abandonado, tanto como cuando hay que calcular la seriedad y buena fe de un pretendiente al crédito de nuestros bancos. Son todos casos en que la institución, una vez cumplidos ciertos requisitos reglamentarios, conserva siempre un margen de apreciación sobre la conveniencia o eficacia del acto o contrato a realizar, para lograr el fin que persigue; apreciación que habrá de resolverse según criterios de moralidad, probabilidad o compromiso, nada exactos y enteramente librados a la elección —igualmente buena siempre que sea razonable— del funcionario llamado.

Estos casos de discrecionalidad pura son incontrolables por el Estado Central. Cuando, una vez iniciado el procedimiento de control se concluya que tal es la índole del problema y de los respectivos medios de solución, el contralor central debe dictar resolución positiva y permitir el acto y su pleno desarrollo ulterior.

Pero hay otros casos que envuelven, simultáneamente, la aplicación de reglas empíricas o culturales, y de reglas técnicas. Son los casos que Alessi llama de discrecionalidad técnico-administrativa.

2)—Son varias las hipótesis a examinar. Hay, en primer lugar, casos en que la cuestión técnica es un preliminar para la administrativa, de modo que una vez resuelta aquella resta siempre un margen de elección puramente empírica o estimativa. Así, por ejemplo, “cuando se trata de constatar, con base en reglas técnicas, la **medida** en que se presenta una cualidad o atribución materiales, de modo que, comprobada la tal medida, corresponda después a la autoridad, con base en criterios administrativos, el establecer si el grado de realización así comprobado es o no suficiente para justificar la emanación de la providencia administrativa”... Así, cuando la ley subordine el abatimiento de una construcción que amenaza ruina a la gravedad del peligro, o bien a la oportunidad

del abatimiento, es cosa técnica establecer si la construcción amenaza ruina y si representa un peligro, pero es cuestión administrativa, a resolver con criterios administrativos, considerando elementos de hecho como la posición de la construcción misma, sobre una calle o un callejón, sobre vía poblada o de poco tránsito, etc., si el peligro representado es uno tan grave como para hacer oportuna la destrucción de la casa”... (Sist. Istituzionale, ob. cit., pág. 165-166).

En segundo lugar, es posible que una cuestión empírica o estimativa (política) involucre una técnica, “en todos los casos en que la actividad administrativa deba ejecutarse a través de una actividad técnica: construcción de obras públicas, adopción de aparatos, mecanismos, dispositivos, instrumentos, de tipo técnico; servicios técnicos (médicos, ingenieros, mecánicos, maestros de obras, etc.)”. Esta actividad técnica debe desarrollarse con base en criterios técnicos y a través de la solución de problemas técnicos... Pero, para todo lo que entra en el concepto **general de elección del medio técnico que habrá de satisfacer un interés público, los criterios a usar no son puramente técnicos sino también y sobre todo administrativos**. En consecuencia, queriendo ejemplificar, para todo lo que concierne la elección de los criterios para la construcción de las obras públicas; la elección de dispositivos, mecanismos, aparatos y similares; la escogencia de médicos, ingenieros, constructores, así como la determinación de los criterios generales que estos habrán de seguir, tratándose de valorar comparativamente el público interés concreto y el medio para su satisfacción (para la elección del medio mejor posible) los criterios a seguir no son puramente técnicos, sino también administrativos” (ob. cit., pág. 167).

En todas estas hipótesis de la llamada discrecionalidad técnico-administrativa, ocurre una verdadera forma de discrecionalidad cuyo uso es incontrolable por el poder central, casi exactamente como en el caso de la discrecionalidad pura. O, mejor, se presenta una posibilidad de elección no fiscalizable en cuanto es libre y representa aplicación de los que Alessi llama criterios “administrativos”, pero controlable —y en esto sí vemos una radical diferencia entre ambas formas examinadas de discrecionalidad— en los aspectos puramente técnicos.

De este segundo tipo de casos sólo queremos extraer una importantísima y muy clara distinción: es puramente discrecional, porque depende de criterios de experiencia o de valoraciones subjetivas de tipo cultural (no jurídicas ni técnicas), la elección del empleo de los medios técnicos y de su modo de organización y de funcionamiento. La razón profunda, que Alessi apenas apunta, es obvia: la técnica es un método de ejecución y no de elección de posibilidades. Es evidente que la técnica sirve también para elegir, pero dentro de circunstancias previamente determinadas por razones empíricas.

3)—En tercer lugar, es posible un caso que haya de resolverse según criterios pura y simplemente técnicos, sin participación de elementos “administrativos”. Son las hipótesis inversas y correlativas de las ya analizadas como normas de discrecionalidad técnico-administrativa. Fundamentalmente se presentan dos hipótesis: a) En primer lugar, cuando se trata de verificar la existencia de “condiciones de hecho consistentes en una cualidad o atributo de naturaleza técnica, sin que sea posible a la pública administración valorar posteriormente la medida (el grado) en que se presentan, en relación con el interés público. Así, por ejemplo, en la destrucción de bestias atacadas por un morbo infeccioso, o de mercaderías o comestibles descompuestos, la providencia está subordinada a la verificación de una condición de hecho consistente en una cualidad de índole técnica (enfermedad contagiosa, toxicidad) mediante criterios puramente técnicos, pero, una vez comprobada la cualidad requerida, no corresponde a la autoridad administrativa el valorar si la misma subsiste o no en la medida suficiente para justificar su actuación” (ob. cit., pág. 168). b) En segundo lugar, cuando se trata de ejecutar técnicamente una obra, o de emplear en igual forma un instrumento, ya seleccionados por la Administración como medio especializado para el cumplimiento de sus cometidos. Esa elección —como se vio— es discrecional, pero es puramente técnica y cubierta capilarmente por la legalidad que la absorbe, la ejecución o el empleo de los medios elegidos. Así, por ejemplo, “una vez que haya sido decidida (la obra técnica, edificio, puente, carretera, tunelación, acueducto, etc.), y determinadas sus líneas generales con base en criterios técnicos y administrativos a la vez, la construcción misma queda librada enteramente a la obra del director, el cual debe guiarse únicamente por criterios técnicos, de donde

viene que la investigación para comprobar si la obra ha sido bien o mal construída desde un punto de vista técnico . . . , no envuelve ningún control de cuestiones administrativas . . . , ya que no tiene (la Administración Pública) ninguna facultad para actuar mal en vez de bien desde ese punto de vista” . . . “Lo mismo puede decirse para la construcción o el funcionamiento de medios técnicos . . . una vez elegido el tipo, es cuestión meramente técnica, y no administrativa, el ver si el funcionamiento del medio ha sido normal, en lugar de anormal o defectuoso por una falta de construcción, de posición, o de previsión, ya que la Administración Pública carece de facultad para construir un medio defectuoso tal que produzca un resultado anormal o dañino, antes que un medio en condiciones regulares” (op. cit., pág. 169).

Alessi —y lo largo queda excusado con lo útil de la cita— finalmente concluye:

“En consecuencia, si discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público para valorar la oportunidad de la acción y del contenido de la misma, vale decir: libertad limitada de determinación y de acción teniendo en cuenta el público interés, malamente se puede hablar de una discrecionalidad meramente técnica, ya que los dos términos —discrecionalidad y técnica— son esencialmente inconciliables: de veras, como se dijo, cuando se trata de una cuestión meramente técnica la misma se resuelve exclusivamente con base en criterios técnicos, y la administración pública no tiene ninguna facultad para desviarse de esas reglas actuando mal o deficientemente, con pretexto de las necesidades del interés público” (op. cit., pág. 169).

En aplicación de tan amplia cita —que, sin embargo, aceptamos íntegramente— podemos perfilar un esquema lo más exacto posible de lo que puede hacer y no hacer el ente central frente a los autónomos, para controlar sin invadir la esfera de discrecionalidad: El Estado no puede controlar la actividad de la institución autónoma por razones de pura oportunidad, que consisten en reglas empíricas o estimaciones (normativas) de tipo cultural. Pero puede controlar la observancia de los límites legales del acto discrecional (sujeto y fin necesariamente) y sobre todo establecer si ha habido un uso abusivo de aquellas valoraciones, así como si ha habido una aplicación debida de reglas puramente técnicas, en cuanto al motivo, al momento o al contenido de la actuación descentralizada.

En tal sentido, entran en el control de legalidad, y no del de oportunidad, todos los casos de discrecionalidad puramente técnica, y todos los aspectos de igual naturaleza que componen las potestades técnico-administrativas, tal y como quedaron dibujadas.

Paradójicamente se ha construído un concepto de la oportunidad aparentemente contradictorio con el carácter técnico especializado —especializado por razón de la técnica— que se supone es el principal bastión defensivo de la autonomía.

#### f) —El concepto de la especialización funcional.

Después de haber afirmado que personalidad, especialización y responsabilidad procuran a la institución autónoma una suprema excelencia como jerarca, excluyente del Poder Ejecutivo y de todo control de éste sobre la oportunidad de la gestión descentralizada, hemos concluído en afirmar que el Poder Ejecutivo puede controlar y paralizar esa gestión, precisamente en los casos en que hay sólo una cuestión técnica de por medio, y no el manejo de un problema empírico estimativo. Y que es en estos casos, cuando el acto controlado implica el uso de un criterio no técnico, sino empírico y estimativo, cuando es imposible el control del Poder Central; aparentemente todo lo contrario de lo que al principio se dijo.

Y, sin embargo, no hay contradicción. El resultado primero e igualmente paradójico de todo lo dicho es que el control central puede ejercerse sobre toda clase de actos y actuaciones del ente autónomo, sean o no reglados. Ello, en el preciso sentido de que el carácter discrecional o reglado de un acto o de una actuación no debe nunca erigirse en requisito condicionante o supuesto procesal para el ejercicio de la potestad de control. Sólo el resultado del control y no la existencia misma de la potestad correspondiente debe hacerse depender del carácter discrecional del acto controlado. Pues vinculación y discrecionalidad no son notas absolutas y excluyentes, sino formas puntuales y complementarias del acto administrativo, que afectan unos elementos y abandonan los otros a su opuesto.

Resulta imposible saber a priori si el acto concreto que se controla es discrecional o reglado, sencillamente porque es siempre las dos cosas a la vez. Y porque, además, el saberlo a plenitud

depende de todas las circunstancias de hecho que rodean y componen la existencia del acto, y a las cuales puede la ley dar un efecto atenuante del carácter vinculado que éste último puede tener desde otro punto de vista. A priori todos los actos son discrecionales o reglados, y todos, por eso mismo, pueden ser objeto de un control que esté limitado a los reglados. Solo a posteriori y después de concluído el minucioso examen del acto concreto y su ambiente de hecho, puede el contralor saber si es discrecional o reglado, y decidir de conformidad. Pero la conclusión y el alcance de nuestra tesis, cuando afirma la improcedencia del control sobre el acto descentralizado por razones de oportunidad, es precisamente sostener que si, después de finalizado el procedimiento respectivo, se establece el carácter discrecional del acto, el control debe ser positivo y permitir que el acto se realice por ser conforme con la ley.

Hecha esta aclaración fundamental conviene volver sobre aquella extraña inversión de posiciones que se comentaba en el número anterior y confirmar que no existe contradicción cuando se afirma que el ente autónomo es soberano en cuanto a la oportunidad de sus actos, pero sometido a control en materia pura y estrictamente técnica. La razón explicativa va infartada en todo lo dicho.

La función del jerarca del ente autónomo no es obtener un alto grado de especialización por sobreabundancia de conocimientos, que le permitan prever y resolver por simple aplicación de ideas adquiridas todos los problemas típicos de un cierto servicio. Tal posición daría de lleno, a muy poco andar, contra la infinita variedad de la vida administrativa, que difumina aspectos muy importantes sólo para poner a prueba la capacidad perceptiva del verdadero jerarca. Es cierto que hay un imperativo jurídico, para cada uno de éstos, de actuar en cada caso lo mejor posible para el interés público a su cargo, pero es mucho más evidente que determinar ese medio óptimo es cosa fundamentalmente de intuición y organización mental guiadas por la experiencia, mucho más que de erudición o de pura lógica.

Tal tipo de intuición en la gestión no es, en absoluto, una intuición de profano; sólo puede tenerla el especializado que, por su alta preparación, puede llegar muy hondo en el análisis y la

previsión de un problema, a base de reflexión y ciencia. Pero, precisamente, hay un punto donde la ciencia no aclara nada, porque la decisión tiene que ver con otros factores que no son constantes ni necesarios, sino apenas probables en el tipo de asunto o de servicio de que se trata. Es necesario, entonces, no formular conclusiones lógicas, a partir de premisas ciertas, sino calcular posibilidades de éxito y fracaso, frente a un gran cúmulo de detalles y circunstancias banales cuya importancia, sin embargo, puede ser decisiva en concreto y sólo puede valorar bien el que durante largos años ha trabajado y manipulado el problema. Se trata de cálculos que también son reglas, pero flexibles y casuísticas al extremo. Esta fina adaptación intuitiva y empírica, de la ciencia especializada a la administracin, es precisamente el objeto de toda descentralización por servicio. Pero se trata, entonces, no de una ciencia racional del jerarca de esta institución, en tanto que lógica, sino de una especialización científica que condiciona la formación de una mente empírica e intuitiva, capaz de resolver en concreto los problemas técnicos que ni los textos ni las universidades resuelven.

Si lo opuesto fuese cierto bastaría, como alguien ha dicho, que estudiásemos todos en manuales de buen gobierno, para resultar candidatos a Pericles o Julio César. El mucho estudio nos haría genios o presidentes. Pero ello no es así porque la íntima naturaleza creadora está, precisamente, en la capacidad natural para enfrentar un problema por primera vez, resolviéndolo original y no sólo eruditamente. Por eso la evolución de la ciencia es hacia la sabiduría, que consiste en reducir los complicados principios técnicos a conocimientos vulgares y, ya transformadas en instrumentos de fácil trabajo las que fueron difíciles abstracciones, en permitir que el hombre reflexione con libertad imaginativa sobre temas que antes sólo pudo mirar a través de rígidas construcciones lógicas ajenas. Esta sabiduría sencilla, preparada por la especialización científica, es el logro fundamental de la descentralización administrativa y por eso mismo, lo menos propicio a controles externos, provenientes del Estado.

#### g)—La dirección estatal y la autonomía.

Resta por examinar, precisado ya el alcance del control sobre la oportunidad de la actuación descentralizada por parte del Estado, su papel como posible director del ente autónomo.

Se trata de lo siguiente: un ente es autónomo fundamentalmente porque es un centro público con un ámbito limitado de acción. La descentralización ha sido definida precisamente como un caso de personalidad colectiva, pública y limitada. Limitada desde el punto de vista de los ámbitos de acción en que se desenvuelve, o de vigencia del derecho que crea.

Tal limitación puede darse desde cuatro puntos de vista: el territorio, la materia, las personas o el fin. El Estado Central, por contraposición, es el único caso de personalidad colectiva, pero ilimitada por regla general, salvo excepción expresa del orden constitucional. Una excepción de este tipo es, en cuanto a la función administrativa, la descentralización.

Puede aclararse que el Estado es, según las más sobria y sólida conceptualización jurídica del mismo que conocemos, "una corporación territorial y soberana (Santi Romano, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, pág. 4).

Con lo de territorial se dice algo vago, pero que significa al menos lo siguiente: la causa de la autoridad del Estado, de conformidad con el orden jurídico del mismo, es su asiento en un determinado territorio, que se estima su espacio total. Dentro de éste, el Estado puede actuar para cualesquiera fines, frente a cualesquiera grupos y en forma perpetua, salvo expresa disposición constitucional limitativa. El Estado es, pues, desde el punto de vista de las materias o servicios que puede tocar con su poder, un ente a fin general, porque puede perseguir cualquiera, salvo el que esté expresamente sustraído a su esfera de competencia. Y ello a diferencia del ente autónomo a fin determinado, que sólo puede perseguir uno específico bajo pena de incompetencia si lo desborda. Desde este punto de vista el ente a fin general aparece realmente como soberano, porque puede fijarse libremente a sí mismo los cometidos que habrá de perseguir, sin importar el tipo de intereses que afecten; en tanto que el ente a fin especial sólo puede perseguir aquellos fines que le están impuestos, pero nunca ampliarlos por sí mismo, salvo en excepciones y muy particulares condiciones.

Todo esto significa que el Estado Central conserva una capacidad de administración y dirección no sólo en aquellos campos que no le pertenecen al ente autónomo, porque salen de su espe-

cialización funcional, sino también en el campo de la coordinación entre varios entes, para lograr un plan nacional de servicio.

Más claro: el carácter total e ilimitado de los fines del Estado y las inevitables colisiones que tiene con el cumplimiento de los mismos la gestión limitada y parcial de los entes autónomos, produce una facultad de principio a favor del Estado para coordinar ambas esferas, potestad que no le pertenece al ente autónomo por salir de su ámbito especializado y afectar precisamente intereses extraños. Esa potestad de coordinación se ejerce para mantener el interés del Estado y no el del ente autónomo, y, eventualmente, en perjuicio de éste.

Si se optara por lo contrario, y se diera igual potestad al ente en su propio favor, se estaría permitiendo que un criterio especializado juzgara la forma de acomodamiento entre fines totalmente dispares, el conocimiento de cuyas relaciones resulta incompatible con la especialización de cada ente. Y se estaría privando en cambio al Estado, que tiene experiencia en el manejo de problemas puramente administrativos y no especializados, de su consecuente potestad para resolver los conflictos entre intereses diversos, utilizando criterios políticos y empíricos, de alcance general. Es la técnica de la centralización, contrapuesta a la de la descentralización. Por eso, así como dentro de su campo parcial el ente es el supremo juez de la oportunidad de sus actos, así también fuera de ese campo y en cuanto se ponen en juego problemas que envuelven varios intereses distintos y discrepantes entre sí, el Estado Central es el juez supremo de la coordinación. Coordinación es concepto contrapuesto a especialización y es siempre el enlace de elementos opuestos o dispares, según un criterio que refleja un tercer interés más amplio. Significa fundamentalmente un plan de acción que beneficia a un ente en su aspecto menos especializado posible. Es decir, no en tanto que interés independiente y dotado de fuerza interna para excluir o combatir otros, sino en tanto que parte de una unidad más amplia de fines, jerárquicamente constituida.

La coordinación, en consecuencia, tiene dos aspectos principales: ser un plan y ser un plan lo más general posible, que a cada cosa le da un puesto no en tanto que es ella sino en tanto que sirve a otra, según una escala de satisfacciones. Por eso la coordinación es una forma —y tal vez la fundamental— de la potestad

de gobierno: es una forma de planear fines y no medios detallados de acción, programas y no modos de ejercicio de una función.

¿Es compatible con nuestra autonomía una función coordinadora del Estado?

Obviamente no nos referimos aquí al control de legalidad sobre las relaciones de competencia entre un ente y otro, o entre los entes y el Estado Central. Tal contralor es posible, si lo es un contralor de legalidad, como lo demostraremos. Nos referimos aquí, exclusivamente, al control de la actividad de una institución que puede resultar inoportuna, no para el ente o sus usuarios, ni desde el punto de vista de los criterios puramente discrecionales o administrativos que aquél acostumbra emplear dentro de su especialización funcional, sino para el Estado u otros entes y estrictamente desde el punto de vista de las repercusiones que sobre la gestión de todos pueda tener la del ente que se pretende controlar.

Podría pensarse, por lo pronto, que la solución está ya dada cuando se criticó la idea de un control de oportunidad sobre la institución autónoma. Pero la formulación del problema es ahora diversa: se trata de ver si es posible un control sobre la oportunidad de la gestión del ente en cuanto no es especializada, sino dependiente de criterios políticos y no altamente técnicos, usualmente utilizados por el Estado.

Según lo explicado la potestad de coordinación tendría que fundarse en motivos de oportunidad, se expresaría a través de aprobaciones o improbaciones y, en general, en todas las varias formas del control que después examinaremos brevemente. Y, ante todo, en la formulación de planes o programas de acción pública, dentro de los que estaría asignado a la gestión del ente un puesto jerarquizado, en el aspecto financiero y en la extensión de sus servicios. Los planes de acción del ente no dependerían sólo de éste sino de los límites que le impondría el Estado en cuanto a esos fundamentales aspectos.

Sería precisamente el caso del Estado director, que actuaría a través de directrices destinadas al jerarca de la Institución a modo de fijaciones de los fines más importantes de ésta, desde el punto de vista del interés nacional y con la obligación para el

dicho jerarca de observarlas, salvo grave motivo para no hacerlo. Igualmente que a través de fijaciones de límites mínimos o máximos de inversión en ramos determinados de actividad, según un criterio nacional de distribución de los fondos o recursos públicos.

Pareciera que la intervención que aquí se examina, en cuanto se refiere a la coordinación del ente con otros y con el Estado, y no al interés exclusivo del mismo, resulta procedente y posible en Costa Rica, aún en el silencio de la Constitución. Ello así porque, como se dijo, tal posibilidad sería una forma de control que se ejercería en una zona de actividad distinta a la propia del ente, dentro de la cual, en consecuencia, resultaría imposible violar la autonomía especializada de ésta. Respecto de los fines perseguidos por el Estado con esta forma de intervención el ente no sería autónomo porque no sería competente.

Un grave obstáculo se da, sin embargo, dentro de nuestro actual régimen constitucional de la autonomía, para la admisión de tal potestad. El control y la dirección estatales sobre los entes autónomos sólo podrían distinguirse del control prohibido de oportunidad, y de la suplantación de la potestad de gobierno del ente por la del Estado, respectivamente, atendiendo al motivo invocado y, en definitiva, la decisión que el Estado llegara a adoptar en cuanto a su calificación. De este modo serían lícitos el control y la dirección en los aspectos de coordinación, en primer lugar si se tratara realmente de un problema no especializado, pero en segundo lugar y aunque no se tratara de ello, si el Estado Central decidiera por sí y ante sí que hay un problema de coordinación institucional y no uno de especialización descentralizada de por medio. Pues, en efecto, si al Estado se le otorga la potestad de coordinación por ser ente central y en tal sentido más capaz que el descentralizado para la coordinación, por igual razón hay que otorgarle la potestad de decidir unilateralmente sobre la naturaleza del conflicto y del motivo de intervención, que condiciona su competencia al respecto. La superioridad que le permite coordinar, quedaría viciada en su raíz si, cuando menos en el ámbito administrativo, no se le permitiera también decidir cuándo y por qué actuar esa su posición de privilegio, decidiendo unilateralmente sobre los conflictos de competencia con el ente autónomo en cuestión.

El reverso de este problema, que así es más práctico que lógico, enseña claro que la potestad para la coordinación y limi-

tación de la actividad descentralizada de que se ha hablado, consiste principalmente en ejercer una potestad de gobierno sobre dicha actividad, que choca y anula la propia del ente. Pues la coordinación, según lo explicado, consiste en planeamiento y el planeamiento en determinación de metas y objetivos básicos del ente. Ahora: es obvio que resulta prácticamente imposible —aunque lógicamente no sea así— que el ente gobierne su actividad sin interpretar, al tiempo, las reglas de relación con otros entes o con el Estado, para evitar conflictos que paralicen política o legalmente su gestión. De hecho cada ente se autocoordina con otros y resulta —como en el Derecho Internacional— el juez de sus propios actos políticos. La descentralización tiende a incluir la potestad de planear las relaciones del ente con el Estado y con otros entes, con exclusión del Estado mismo.

En realidad, lo que ocurre es que aquí, para justificar esta exclusión de la potestad directiva del Estado sobre los entes, con base en los términos amplios de nuestra Constitución cuando consagra la autonomía y su potestad de gobierno propio, se acude a un método teleológico y no a un método lógico de intervención.

La potestad de coordinación del Estado sobre los entes, a través de planes y controles creadores de armonía entre los mismos, es un típico ejemplo de cómo la mera deducción conduce a una tesis aberrada, si no se mitiga su rigor con consideraciones —también lógicas— de tipo práctico o finalista. Pues, como se dijo, del hecho de ser dos y no una las esferas de acción en juego dentro de aquella intervención coordinadora, y del hecho de ser una sola la esfera propia del ente, puede bien concluirse que el Estado debe poder en todo caso y sin asomo alguno de conflicto con la autonomía, planear la vida de los entes en aquellos aspectos que salen de su competencia e invaden o afectan la de otro, porque así actuaría en un campo de nadie. Pero es claro que tal planteamiento resultaría lesivo de la autonomía y enteramente destructivo de la potestad de gobierno independiente que ésta incluye. Pues, por un lado, la vida práctica obliga a extender esa potestad fuera de la estricta competencia del ente para planear también su vida de relación política, y, por otro, la superioridad del Estado le permitiría promiscuar sin recurso alguno —al menos dentro de la esfera administrativa— los casos de coordinación con los de mera oportunidad especializada, privativos del ente en cuestión.

De donde puede concluirse que, sopesadas en igual balanza la necesidad de coordinación de existencia tácita e impreciso contorno, con la de gobierno autónomo de tan claro fundamento y utilidad, debe darse el peso mayor a esta última y tener aquella por inexistente en nuestro medio, salvo en la forma expresamente permitida por nuestra Constitución, que es la potestad de nombramiento de los directores autónomos.

Pero ya aquí entramos en una nueva zona de reflexiones. Hasta aquí hemos visto lo que el Estado no puede hacer frente al ente autónomo, en razón del contenido de la autonomía ya previamente definido.

Y vimos, para resumir, que el Estado no puede realizar intervenciones preventivas ni condicionar con autorizaciones la vida del ente, antes de que éste adopte libremente y por vez primera su decisión o su actuación externas; ni tampoco erigirse en jerarca y girar órdenes, instrucciones o circulares obligatorias al ente, ni sustituirse a éste en el uso de sus potestades administrativas; como tampoco controlar la oportunidad de la actuación descentralizada con base en normas de política o prudencia administrativas, ni convertirse en director de su gestión o su programa, ni formular las bases principales de uno y otro.

Lógica y consecuentemente han surgido así los límites fundamentales a la potestad de intervención del Estado sobre el ente autónomo.

Pero se trata ahora de decir lo que el Estado sí puede hacer para intervenir la vida del ente y mantener aquella unidad dinámica en el funcionamiento —y no sólo estática en el común origen— que es corolario de la unidad del Estado mismo. Las siguientes líneas habrán de estar dedicadas a un esquema breve del llamado control de legalidad sobre las instituciones autónomas. Este control tal y como será definido es el meollo de la tercera forma de relación posible entre los entes y el Estado, diversa de la jerarquía y la dirección: hablamos de la tutela administrativa. Sólo ésta y la limitada forma de dirección que implica la potestad de organización del ente y de nombramiento de sus jerarcas, son las formas constitucionalmente permitidas al Estado en Costa Rica para orientar la vida de la autonomía administrativa y hacer de la misma un principio de vitalidad nacional. Con tan limitados medios a su alcance, mucho logrará si evita al menos que las instituciones autónomas se conviertan en el niño terrible de nuestra vida política y administrativa.

## LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Se han examinado las relaciones de jerarquía y de dirección como formas de supremacía de un centro sobre otro centro público. Se había dicho que el tercer tipo de organización entre sujetos desiguales —uno superior a otro— es la tutela. Este breve capítulo estará dedicado al análisis esencial de esta institución administrativa. Este análisis contiene un esquema de lo que el Estado Central sí puede hacer frente a las instituciones autónomas.

### a) —La justificación de la tutela administrativa.

Cuando se habló de la unidad del Estado, como principio lógico general del derecho, se expresó que la misma significa una unidad entre los diversos órganos que lo componen no sólo en su origen sino también en su funcionamiento. Se expresó que la unidad consistía en que hubiera siempre un órgano al que estuvieran subordinados en su funcionamiento todos los centros creadores de derecho, titulares de imperio, o, en general, todos los que estuvieran revestidos de un carácter público. Tal subordinación funcional tiene que consistir en la posibilidad para un ente de intervenir sobre la vida de otro y su organización, vigilando y disciplinando a sus titulares, y reteniendo la potestad de transformarlo o eliminarlo, una vez ya creado; o bien en la posibilidad de influir en el curso de su conducta, determinando su contenido antes de que se forme, o alterando su eficacia una vez ya formada.

Vimos, por otro lado, que nuestros entes autónomos son todos dueños de una función exclusivamente administrativa y de una potestad reglamentaria únicamente para el fin de permitir que aquélla se desenvuelva correctamente. Y que la Asamblea conserva irrestricta su potestad legislativa frente a los entes autónomos, para regular su funcionamiento y organización.

Cuando se define la necesidad de una intervención ordenadora sobre la vida del ente, por el Estado Central, tiene que tomarse

en cuenta la presencia de esos factores. Quiere decirse, que la tarea fundamental de la intervención del Estado sobre las instituciones menores será la de lograr que éstas funcionen de acuerdo con su acto de fundación —que es legal— y lograrlo así para obtener la aplicación de la ley en forma adecuada a la función administrativa, que se desarrolla a través de actos concretos. Esa intervención tiene que ser concreta también y contar con todos los elementos necesarios para constatar la ilegalidad.

Ya vimos que, en Costa Rica, este control tiene que ser posterior a la adopción del acto por la institución autónoma, aunque sea anterior a la eficacia y ejecución del mismo.

Hemos visto, también, que el ente autónomo es limitado por razón de sus esferas de acción y que —en ese sentido— tiene una capacidad de administración menos amplia que el Poder Ejecutivo. De resultas de lo cual vimos que existe una subordinación del fin de la institución al del Estado, en lo que se refiere a su coordinación con otros fines y otros entes de diversa especialidad.

De estas dos subordinaciones —a la Asamblea Legislativa por el origen y al Poder Ejecutivo por el fin— nace la tutela administrativa. En cuanto al fin y su necesaria coordinación con el resto de los cometidos nacionales, ya se vio como la autonomía impide todo control central y, en este sentido, también la tutela administrativa por razones de oportunidad. En otros regímenes, donde la autonomía no es constitucional —o si lo es— existe atada al control y dirección del Estado, tal limitación de la materia acarrea la suplantación del ente por el Estado en cuanto al contenido de sus programas funcionales y financieros, que son fijados por el Estado. En Costa Rica ello no es posible por regla general, pero ha encontrado cabida en la potestad del Consejo de Gobierno para nombrar a los directores de las instituciones autónomas.

Lo que sigue es una explicación de estos dos aspectos de la tutela administrativa en Costa Rica: el control de legalidad, con los alcances que se le dará, y el nombramiento estatal de los jefes de la autonomía.

#### b) —Los límites de la autonomía administrativa.

Quando se explicó el carácter exclusivo de la potestad reglamentaria de los entes autónomos hubo manera de justificar este

hecho fundamental: que la sola y nuda personalidad pública y limitada equivale a una supremacía de juicio dentro del campo de la especialización. Concluimos de esto que la personalidad implica la libertad y ésta la responsabilidad. Pero logramos de inmediato otra conclusión no menos importante: que el ente autónomo está sometido a la ley y a la técnica y que, en esos aspectos de aplicación de una y de otra, cuando la misma es aplicación sin creación, el ente autónomo funciona subordinado al Estado.

Consecuentemente, el Estado sólo puede determinar la conducta del ente en aquella parte de su actividad que sea nada más aplicación de reglas técnicas y legales precisas, sin mezcla de estimaciones subjetivas y empíricas de alta administración. Es decir, en lo que es vinculado y no en lo que es discrecional.

Se explicó que, a partir de ese supuesto y precisamente por el mismo, era posible afirmar la postestad reglamentaria ejecutiva de las instituciones autónomas como excluyente de la del Poder Ejecutivo al respecto, por ser aquella potestad la forma más eminente de la discrecionalidad administrativa y de regulación de esa discrecionalidad. Reglamentar, se dijo, es resolver en forma anticipada y general lo que el jerarca podría resolver libremente y caso por caso, en uso de sus potestades discrecionales.

Podemos ahora coronar este itinerario lógico y concluir que, una vez que el ente ha actuado por vez primera y no antes (en razón de todo lo ya expuesto) el Estado puede hacerlo todo con su pronunciamiento inicial por razones de técnica o de legalidad, y utilizar toda clase de procedimientos posteriores para declarar y remediar la ilegalidad o el empirismo indebidos.

En tales aspectos de pura técnica y legalidad, sin mezcla alguna de ingredientes discrecionales (criterios culturales, técnico-empíricos) el Estado conserva íntegra su capacidad superior de juicio frente al ente, no sólo porque tales instrumentos lógicos son aprehensibles en abstracto por todo el que los estudie en la serenidad de un gabinete (y no hay por qué negarle un gabinete tranquilo a un técnico del Estado) sino fundamentalmente porque el Estado acostumbra también su manejo, siendo como es la aplicación correcta de instrumentos de ese mismo tipo —ley y técnica— requisito mínimo de toda buena administración, incluyendo la central. Si se trata de un elemento connatural con la administra-

ción como tal, que el Estado puede conocer y manejar igualmente que el ente autónomo, el Estado debe poder imponerse como ente mayor a cualquier otro ente menor en ese aspecto. Y, una vez aceptada la superioridad administrativa del Estado frente al ente autónomo en cuanto a la pura técnica y estricta legalidad de su gestión, que no exige apreciaciones discrecionales, sólo cabe concluir en que el Estado puede paralizar al ente en aquellos aspectos, después de que éste ha ejercido su autonomía en forma plena. Es decir, después de que éste ha actuado por primera vez.

Puede así formularse un principio general de relación (de supremacía) entre Estado y ente autónomo, que es el siguiente: todo ente autónomo posee fines y poderes propios frente al Estado Central, pero le está subordinado, porque el Estado lo creó por ley y posee un fin general que le permite ejercer una función coordinadora. Esta subordinación significa que el Estado puede disponer de los actos del ente siempre y cuando lo haga invocando razones de técnica y de legalidad puras. Esta potestad dispositiva sobre la actuación descentralizada se da en interés del Estado y aunque nada digan la ley ni la Constitución al respecto. Su existencia emana, en cuanto a esos aspectos, de una razón lógica ínsita en el origen y función de la autonomía y es siempre posible, aunque no esté expresamente impuesta.

Cabe preguntar, de conformidad con ello, si tal subordinación es necesaria y constitucional, de modo que no haya ley que pueda eliminarla, o si es apenas posible y puede ser eliminada por ley.

### c) —La tutela administrativa constitucional y de principio.

En relación con la subordinación del ente al Estado, que permite el control de la legalidad, puede decirse sin lugar a duda que es esencial y necesaria en nuestro sistema, y que la ley que la eliminara sería inconstitucional. Por el solo hecho de su origen legal, la institución está sometida a una supremacía especial y tácita del Estado, que exige un mínimo de intervención de éste en su vida y funcionamiento. Ese mínimo está en la potestad de revisar y anular lo actuado por la institución, con base en aquellas razones de tipo legal. Y hay un máximo posible que es la potestad de sustituir la omisión ilegal con el acto regular y debido, si se trata de conducta jurídica; lo mismo que la de sustituir la acción

empírica o ilegal si se trata de una prestación material. Así puede decirse que la autonomía oscila frente a la ley entre dos extremos: los controles impeditivos o represivos (que impiden o destruyen la conducta ilegal del ente) y los controles sustitutivos (que suplen esa conducta y toman la debida en su lugar) ambos de existencia tácita y de principio en nuestro sistema.

La posibilidad de constatar la ilegalidad y de tomar las medidas necesarias para su inmediata eliminación resulta esencial si se acepta, como aquí se ha demostrado que debe hacerse, la subordinación de los entes autónomos a la ley, en iguales condiciones que cualquier otro particular. Es inconstitucional y atenta contra el principio de unidad del Estado, toda ley que permita una autonomía funcional completa y absoluta, con entera y definitiva independencia del ente para decidir y mantener sus decisiones sin intervención alguna posterior de los poderes centrales (concretamente del Poder Ejecutivo). Por eso resultan inconstitucionales la mayoría de nuestras leyes creadoras de instituciones, que, apenas en su primer artículo, acostumbran hacer de esa tesis el fundamento absurdo de su competencia y personalidad.

Las potestades centrales para anular y aprobar o improbar los actos del ente, son de principio y existen aun contra texto expreso de ley. En este aspecto la supremacía especial y de principio del Poder Ejecutivo sobre los entes autónomos puede afirmarse como indiscutible.

Tal tesis no parece igualmente fácil cuando se trata del control sobre el aspecto técnico de la actividad descentralizada. El mismo ya dijimos que puede considerarse parte del aspecto legal básico de la autonomía, siempre que se trate de cuestiones meramente técnicas —aunque sean especializadas— y no de cuestiones de pura decisión administrativa, basadas en cuestiones técnicas. Y hemos afirmado el principio de que también debe ser posible una revisión de las actividades descentralizadas o una anulación de las respectivas deliberaciones, si es demostrable exactamente dentro de un procedimiento de control que han incurrido en una violación grave y perjudicial de las reglas de la técnica. Pero la aplicación de este principio presenta también sus dificultades.

Se trata de lo siguiente: la condición de la especialización en el servicio descentralizado es la técnica, su conocimiento erudito

y detallado, aunque la misma no sea la causa inmediata de la sabiduría administrativa que forma la verdadera especialización. Sin aquella erudición esta especialización no es posible aunque sean muchos los años de experiencia en el servicio. Pero es innegable que el paso de la mera técnica a la verdadera sabiduría administrativa especializada puede ser insensible, así como que una vez dado resultan inseparables los aspectos de alta técnica de la pura valoración profesional del jerarca especializado, que es precisamente el ámbito de la discrecionalidad y la meta de la autonomía. La trama y mutua penetración de lo científico y calculable, con lo probable y apenas estimado, es tan íntima dentro de un servicio público, que controlar la técnica puede resultar lo mismo que dominar también la especialización de la autonomía administrativa. Esto lleva a la doctrina a admitir el control central por motivos de tipo técnico sólo en los límites de la ley expresa que regule su existencia. Y con ello lo contrapone claramente al control de verdadera legalidad, que sí se admite debe existir por principio y fuera de toda disposición de ley. Es decir: el control técnico sobre la actividad descentralizada es posible pero no necesario y sólo en la estricta medida en que lo permite la ley.

Tal tesis parece similar a la ya expuesta por nosotros, sobre el tema de la potestad coordinadora y planificadora del Estado sobre los entes autónomos como conjunto de poder dentro de una comunidad política. Se dijo entonces que tal potestad, dada la titularidad exclusiva y natural que corresponde al Estado para la coordinación y planificación nacionales, parecía lógicamente propia del mismo. Pero que, dada su inevitable incidencia práctica sobre la potestad de gobierno del ente, incluso en aquellos aspectos que más atacan el interés restringido y especializado que es la función propia de este último, tal potestad directiva debe ser rechazada y considerarse como inexistente. Similar tesis, repetimos, se mantiene en cuanto al control por razones técnicas sobre el ente autónomo, pues, se afirma, toda intervención o sustitución de los criterios del jerarca autónomo en materia de ese tipo produce inevitablemente una restricción e impide a menudo la libre formación de decisiones también especializadas y discrecionales, como las ya antes aludidas. La ley expresa que autorice tal tipo de ingerencia resulta siempre necesaria.

Contra la tesis dominante, creemos que debe mantenerse en este caso la regla general, sin exigir una ley expresa para fundar

esta potestad de control. Pues, así como antes con las potestades de aprobar y poner vistos buenos, puede decirse ahora con las de sustituir o hacer cesar la ejecución de una obra obviamente contraria a las reglas de la técnica, conocidas o conocibles por el mero estudio profesional. Tal potestad del Estado sobre los entes autónomos, aun no expresamente regulada, es el mínimo de intervención que debe estimarse concedido para evitar que se dañe ilegalmente el interés público, en virtud de actividades absurdamente opuestas a la técnica o a la ciencia aplicables.

Es preciso admitir que aunque sea el Poder Ejecutivo u otro órgano central sucedáneo el llamado a decidir como ente superior sobre la existencia de tal conducta empírica, siempre debe quedar abierta al ente lesionado por el acto de control la instauración de un contencioso administrativo, que ponga las cosas en su punto definitivo y anule el control técnicamente infundado o arbitrario. Pero, en tanto así no ocurra, es el Poder Ejecutivo el que debe decidir, aun sin base en ley expresa al respecto y aun con riesgo para la autonomía del ente, si el mismo ha actuado bien o mal en los asuntos puramente técnicos de su responsabilidad, o, al menos, en los aspectos técnicos de los asuntos que se le hayan encomendado.

Desde este punto de vista el Estado debe tener, también, otro cúmulo de poderes mínimos que le permitan constatar el empirismo indebido y remediarlo, eliminándolo de inmediato. La contrapartida de las potestades de improbar y de anular, viene a ser, en cuanto a la técnica, la potestad de sustituir o hacer cesar el servicio empírico o inadecuado.

Cabe recordar —a modo de parangón— una idea fundamental sobre las relaciones entre lo discrecional y el procedimiento administrativo, contencioso o voluntario. La discrecionalidad no es un presupuesto de la posibilidad de un control ni de la iniciación de su trámite. El carácter discrecional de un acto no puede determinarse ni a priori ni antes de recibir toda la prueba posible sobre las condiciones y circunstancias de hecho en que se realizó, sino sólo después de agotada esa prueba y definida exactamente la relación entre el acto y la ley. En consecuencia, la determinación de un elemento de un acto como discrecional —que existe siempre con la de otros elementos de ese mismo acto, como reglados— es

motivo para un pronunciamiento de control favorable al acto y no para una declinatoria de competencia que vede la decisión sobre el fondo. El acto discrecional es legal porque aunque no se ajuste a ninguna norma precisa se ajusta a una ley imprecisa, que deja margen para que el agente respectivo sea original e independiente en sus decisiones.

Todo este razonamiento puede aplicarse al concepto de lo técnico como motivo determinante del control sobre el ente autónomo. El hecho de que, como se dijo, el aspecto técnico de la actividad descentralizada vaya involucrado casi siempre con el aspecto especializado y puramente administrativo de la misma, no puede ser un motivo para abstenerse a priori de todo control. Puede ser un motivo, nada más, para fallar favorablemente al ente y mantener su conducta como debida, si después de agotado el procedimiento de control queda demostrado que aquella ha observado cabalmente la técnica y ha sido determinada, además, por criterios empíricos o culturales de decisión, que no son puramente técnicos ni completamente exactos. Entonces el Estado debe mantener la actuación descentralizada porque es técnica y porque en aquello en que no lo es —porque es empírica— la ley permite la discrecionalidad y autoriza ese empirismo fundado sobre la técnica misma.

En este sentido resulta imposible la discriminación previa de los casos en que el Estado debe actuar para controlar la técnica de la gestión descentralizada, con potestades para paralizarla por un indebido empirismo, de aquello en que habrá de permitir su libre desenvolvimiento por ser casos de pura discrecionalidad.

El control sobre la técnica envuelve igual problema que el control sobre la oportunidad, que ya vimos que está prohibido. Sin embargo, lo que está prohibido es fallar sobre cuestiones de oportunidad con criterios de oportunidad, no el determinar si realmente se trata o no de una cuestión de este tipo. Esto convierte al Poder Ejecutivo, como contralor, en juez de la competencia de la entidad autónoma porque es él quien decide si se actúa o no dentro de la pura discrecionalidad, o dentro del campo de lo técnico y vinculado. Pero esto es así dentro del mundo administrativo, fuera del cual el juez puede decidir si el contralor central se ha mantenido o no dentro de su esfera propia —que es la de lo reglado— y anular el acto que al extralimitarse viole el derecho de la institución a funcionar independientemente, en el ejercicio de lo discrecional.

Admitimos no ser ésta la doctrina dominante entre quienes rechazan la concepción monista de la organización pública y adoptan en su lugar la concepción plural, que admite la completa independencia del ente autónomo frente al Estado Central. “Un ente es tanto más autónomo cuanto más distinto sea del Estado” (Vittorio Ottaviano, *Consideraciones sobre los entes públicos instrumentales*, pág. 22).

Creemos que la doctrina actual conduce inevitablemente a esa oscilación por la que se identifica al ente con el Estado o se lo separa totalmente de éste, siempre en perjuicio de uno o de otro. No hay otra forma operante de conciliar la unidad estatal con la existencia de entes autónomos que admitir que, por la doble subordinación necesaria de éstos a aquél, en cuanto al origen y en cuanto a fin, hay también una supremacía del Estado sobre el ente, que se revela y cristaliza en esta doble interferencia sobre la legalidad y la técnica de la actuación descentralizada, a través de algunos poderes mínimos y tácitos de control, constitucionalmente garantizados. Puede la ley ampliar esos modos de intervención y hacer más estrecha y onerosa para el ente su relación con el Estado; pero no puede debilitarla y privar al Estado de ese mínimo arriba descrito, sin lesionar su derecho tácito de supremacía sobre las instituciones autónomas.

Es necesario advertir, al respecto, que en cuanto al ejercicio de esos poderes de intervención y control el Estado debe poder actuar de oficio, aun sin instancia alguna ni recurso de particular o de otro ente lesionado. Pues la necesaria dependencia del Estado frente a la instancia ajena haría que el sujeto o el órgano autor de ésta —y no el Estado mismo— fuesen los jueces de la técnica o la legalidad de la actuación descentralizada. Y como el motivo básico de la intervención estatal es el interés del Estado, en la aplicación de la ley y la técnica como instrumentos de administración, es lógico que sea el Estado como tal y no ningún otro centro el que decida si debe actuar y cuándo, o dejar que las cosas sigan su curso.

#### d) —La tutela tácita y la autonomía administrativa

No parece operar contra esta tesis de la supremacía tácita del Poder Ejecutivo sobre el ente autónomo la razón de que así

se pone en peligro la autonomía. Las razones que se han dado son todas lógicas y no existe una contradicción insalvable entre ese contralor y la discrecionalidad de la Institución, en conexión con principios técnicos.

Todo contribuye a perfilar la necesidad de un control oficioso y continuo del Estado sobre el ente autónomo en estos aspectos técnicos de su actividad, motivado por el interés de la Administración en lograr que el ente administre bien.

Es ya sabido que aun en los casos en que la Administración aplica e interpreta la norma lo hace para lograr el fin material que persigue, que siempre es diverso del de mantener la eficacia de la ley y que puede ser múltiple, a diferencia de lo que ocurre cuando actúa el Poder Judicial.

La razón de que la Administración deba aplicar la ley está en la jerarquía de las fuentes y en la de la Asamblea Legislativa, como Poder superior a aquélla. Pero, aparte de esta razón de organización pública, está también la necesidad funcional de que la Administración tenga un orden de trabajo, que limite y relacione todos sus órganos y sus actividades, y ese orden único —en cuanto no puede ser derogado, cuando existe— es el cristalizado en la ley. De este modo, aun si la Administración actúa externamente en recurso jerárquico o agota la vía administrativa, y se limita a declarar la ley en un caso concreto, el móvil de tal juicio es la eficacia de la administración y no la eficacia de la ley misma, y su resultado una resolución que sirve —como la recurrida— para satisfacer directamente una necesidad de la Administración. Esta se halla obligada a obedecer la ley como cualquier sujeto del orden jurídico, pero la ley frente a la Administración cumple además la misión de guía interno, que impone un fin y establece —precisa o imprecisamente— cómo conseguirlo. De aquí su decisiva importancia dentro del derecho público.

El control en la aplicación de la ley cumple también un fin propio y específico, enteramente distinto del que cumple el acto controlado y la sentencia judicial. De lo que se trata es de realizar otra actividad administrativa, el control, cuyo fin específico es lograr que la Administración cumpla los criterios fundamentales para conseguir sus fines, que son los sentados por el más importante órgano central, la Asamblea. Las leyes, desde este punto de

vista, no son ya leyes, sino instrumentos de ciertas formas pre-visibles de gestión, que el Estado estima como muy importantes, aunque no infalibles.

El control es, entonces, otro medio más para someter la institución al Estado o para impedir que se desvíe de los mandatos de éste que aseguran un mínimo de eficacia en la gestión y de coincidencia entre los criterios de los dos jefes, el central y el descentralizado.

La consecuencia de todo esto es que el control es de ejercicio discrecional, de modo que puede haber una actividad ilegal no controlada ni paralizada porque así convenga por razones de oportunidad administrativa; y que el motivo de ese ejercicio no tiene que ser una instancia del perjudicado con la actividad controlada, sino una iniciativa propia del Estado mismo, en defensa de lo que considera su propio interés. Por igual razón, el acto de control puede ser revocado aun después de emitido y el procedimiento de control suspendido o terminado aún antes de haberse agotado todas sus naturales y necesarias etapas de perfeccionamiento.

En esencia se trata de un instrumento ágil de verificación de la conformidad del ente menor con la voluntad del Estado en lo que toca al fin general que éste persigue por medio de la actividad de aquél, mucho más que de una verificación de la conformidad con la ley.

Todo esto es igualmente sostenible cuando se trata de verificar la técnica de la administración descentralizada, porque ya vimos que la misma es tan vinculante y verificable como la ley misma, en virtud de una tácita pero indiscutible incorporación a ésta. La ley no permite, ya se dijo, actuar empíricamente cuando es necesario actuar técnicamente.

Es preciso revelar que todas estas notas del control como instrumento de tutela administrativa —ejercicio discrecional, iniciativa de oficio, posibilidad de suspensión o terminación sin juicio de fondo, revocabilidad del acto de control ya emitido— son nada más una consecuencia del fundamento de esa potestad, que está en una necesidad del Estado como administrador, y no del Estado como legislador. Es decir, en el hecho de que frente al control la ley no es la ley sino un instrumento de la Administración, para

finés múltiples de ésta. El control se ejerce no siempre que haya una ilegalidad, sino siempre que esa ilegalidad resulte dañina e inconveniente para el Estado o la comunidad, a juicio del Estado.

En cuanto el control es un medio para someter al ente menor a los criterios del Estado sobre lo que debe ser su gestión, el control también abarca zonas obviamente ubicadas fuera de la acción judicial, cuando menos en lo tocante a la protección de los derechos individuales. Para que haya un juicio administrativo se requiere un interés o un derecho (en Costa Rica, concretamente, un derecho) lesionados, y no meramente la violación de una ley. Es posible que existan normas de cuya aplicación no provenga lesión a intereses ni derechos privados frente al ente autónomo, y en cuya aplicación, consecuentemente, no tenga intervención ninguna un sujeto determinado con una pretensión propia. El caso, por ejemplo, de las llamadas normas de acción que imponen al Estado o al ente una obligación frente a la comunidad de llevar a cabo una obra y no otorgar a nadie el derecho para exigirla ni aún siquiera para pretender que se lleve a cabo efectivamente. O las que imponen obligaciones indivisibles frente a la comunidad como un todo, como por ejemplo, la prestación del servicio de alumbrado público o de cuidado y conservación de parques. En general la administración militar y de seguridad es una obligación de este tipo, porque nadie está particularmente autorizado por título exclusivo para exigir el buen funcionamiento del ejército o la policía. Finalmente, existen las normas internas de organización, que son también normas de observancia exigible en cuanto provengan del orden jurídico general del Estado y no del orden organizatorio interno de cada ente. No hay particular que pueda exigir la aplicación de tales reglas, pero sí hay un obvio interés del Estado en lograrla como un medio para un ordenado y eficiente desarrollo del servicio descentralizado, en su propio interés. Este interés es propio, se repite, en cuanto el del Estado comprende el del ente menor, no como interés especializado sino como conexo y coordinado con todos los otros de la total administración nacional.

Es, pues, necesario un instrumentos para la protección a la eficacia de la ley como medio de administración y no como norma, que será enteramente diverso, por eso mismo, de la jurisdicción, que sólo tiende a proteger la eficacia de la ley. Resulta absurdo reducir la tutela administrativa al ejercicio de un poder jurisdic-

cional para conocer los recursos interpuestos contra la ilegalidad o el empirismo administrativos, por todas las razones expuestas.

#### e)—La tutela jurisdiccional y el contralor administrativo

Asumimos así partido definido ante las que fueron y no son las dos grandes posiciones ante la tutela administrativa. La que se da a través de recursos y actos jurisdiccionales —por el efecto y el procedimiento— y la que se da a través de intervenciones oficiosas del Estado sobre el ente autónomo. Claramente creemos que en Costa Rica este último sistema, siendo necesario alguno, es el tácitamente autorizado por nuestra Constitución, en razón de ser el único utilizable.

Para traer un ejemplo interesante de lo que es o fue la tesis opuesta a la de este estudio conviene extraer algunas citas del viejo pero todavía utilísimo estudio de Demichelli sobre **Los Entes Autónomos**.

Ha dicho Demichelli:

“El Administrador —que siempre ejerce sus prerrogativas discrecionalmente— es un ser activo, dotado de autodinamismo, que no necesita solicitudes externas para poner en movimiento su autoridad. El Juez es un ser positivo, inerte, sin impulso propio, cuya autoridad es preciso provocar para que se ponga en movimiento...” Es distinta también, en su esencia, la autoridad del Administrador de la autoridad del Juez. El juzga cuando alguien le pide justicia. El Administrador, por la naturaleza misma de su autoridad, tiene facultades discrecionales, poderes explícitos e implícitos que le imprimen un fuerte carácter autoritario. El Juez tiene sólo poderes explícitos, según la ley, como reconocimiento de “lo mío de cada cual”. Por último el Administrador una vez que interviene puede detenerse libremente; sus actos, en efecto, son esencialmente revocables. El Juez, una vez solicitado no puede detenerse; tiene que fallar y su sentencia está destinada a hacer cosa juzgada... Por tanto, organizar una tutela jurisdiccional es desvanecer la autonomía; confiarle la tutela a un Juez, en cambio, es permitir su amplio y eficaz desarrollo en forma armónica con el propio principio autonómico” (Ob. cit., págs. 120-121).

Posteriormente Demichelli ha reafirmado, casi con iguales palabras, su fe en la tutela de forma y efecto jurisdiccional para

contener y legalizar la actividad administrativa descentralizada. En la que creemos su última obra, **El Poder Ejecutivo**, ha vuelto a decir:

“La autonomía de un ente público y la tutela del Ejecutivo, obran a la manera de los vasos comunicantes. La autonomía existe en función de la tutela, y llega al nivel que ésta lo permite. El alcance de la autonomía se puede medir por el alcance de la tutela. Si ésta fuera discrecional, terminaría prácticamente con aquélla. El método **jurisdiccional**, en cambio, la resguarda y protege” (Ob. cit., pág. 131).

Discrepamos absolutamente de tal planteo del problema. La tutela no intenta proteger al ente sino al Estado, porque intenta obtener la subordinación legal o administrativa de aquél a éste, como institución mayor y más comprensiva dentro del ordenamiento. La autonomía queda salvaguardada con que se permita al ente actuar inicialmente sin control ni intervención preventivos de ninguna especie, en pleno uso de su especialización y de los poderes que implica.

Una vez realizada esta actuación inicial del ente es no sólo imposible sino necesario que el Estado pueda impedir que viole aquello que el Estado mismo ha creado —conjuntamente con la autonomía— para ordenarla y coordinarla con todas las otras administraciones y necesidades públicas del país: la técnica y la ley, condiciones básicas de toda buena administración pública. Tal necesidad institucional de sumisión del ente menor al Estado es tan importante que el Estado no puede depender —ni debe— de ningún particular ni sujeto extraño para iniciar el control que permita enmarcar la actividad descentralizada dentro de aquellas reglas. El Estado, movido por interés propio y superior al del ente, debe poder impedir siempre y en todo caso que éste viole la ley o la técnica con sus actuaciones o resoluciones. Y debe poder hacerlo con tal agilidad y flexibilidad de criterio que pueda hacerlo a libre discreción, aun si hay una ilegalidad o empirismo evidentes, cuando a su juicio no amerite actuar. En contrapartida, el Estado debe poder vigilar como autoridad la actuación del ente autónomo y también usar de los que llama Demichelli poderes implícitos siempre que sean necesarios para frenar su arbitrariedad o empirismo. Aunque la Constitución no lo diga, por el solo hecho de

ser entes públicos menores, las instituciones autónomas están supe-  
ditadas a los poderes de aprobación o improbación del Estado por  
razones de pura legalidad o técnica, y a los de anulación, suspensión  
o revocación de sus actos, por iguales razones, cuando ya han sido  
llevados a ejecución.

El ente debe actuar y el Estado debe tener la posibilidad de impedir que actúe contra la ley o la técnica, mediante la improbación, suspensión, anulación o revocación de sus actos irregulares en esos dos aspectos: tal es el principio que debe regir una sana y eficiente autonomía. Ni separación ni unidad total. articulación a través de una tutela mínima y tácita, de origen constitucional, entre Estado e institución descentralizada.

Con esto se eliminan aquellos planteos duales y radicales: el que identifica al ente con el Estado; o el de Demichelli que lo escinde radicalmente de éste y lleva a la concepción ya combatida, de una tutela administrativa de tipo jurisdiccional, sólo admisible a instancia de parte y a texto expreso de ley.

Es ésta, en efecto, la última y contradictoria conclusión de quienes sostienen, extremando la autonomía, que la misma sólo es compatible con la tutela jurisdiccional y no con la administrativa. Pues, en efecto, resulta inconcebible una función jurisdiccional, con efecto de cosa juzgada, si no hay ley que expresamente la regule y la otorgue. Aún suponiendo la cosa juzgada como efecto único de tal control de tipo jurisdiccional propugnado por una parte de la doctrina, siempre resultaría excepcional en un acto administrativo e incidente sobre el equilibrio distribuido que produce la división de poderes, en términos tales que ameritaría disposición constitucional expresa que así lo hiciera posible, permitiéndolo. Para que un acto de control, emanado del Poder Ejecutivo, resulte cubierto con la virtud de la cosa juzgada es preciso que la Constitución así expresamente lo disponga, hipótesis que no es la de Costa Rica. Y para que, también, la tutela administrativa discrecional resulte susceptible de ejercicio sólo con los procedimientos judiciales, a exclusiva instancia de parte lesionada y con las solemnidades estrictas de bilateralidad y, sobre todo, de poder dispositivo de la parte sobre el procedimiento, típicas de aquella forma de remedio legal, es igualmente indispensable una disposición constitucional, que coarte al Poder Ejecutivo el ejercicio

libre de una poestad de vigilancia e intervención, que es consecuencia lógica del origen legal del ente menor y de la supremacía natural del ente mayor, el Estado.

#### f) El carácter tácito de la tutela administrativa

Estamos absolutamente de acuerdo con el tratadista Demichelli en que un régimen tutelar como el uruguayo descrito en su famosa monografía (régimen tutelar ampliamente superado por otro de tipo mixto en su propio país) requiere de una expresa consagración constitucional, sin la cual el mismo resultaría lesivo de la autonomía. Pero discrepamos si este principio quiere llevarse también a la tutela administrativa propiamente tal y a exigir disposición expresa —de ley o de Constitución— para la existencia de las mencionadas potestades de aprobación e improbación, anulación, revocación, suspensión y sustitución de los actos del ente.

“Para los entes autónomos, en efecto, la capacidad es la regla: la tutela o el contralor por el Estado es la excepción. Surge esto, en primer lugar, de la autonomía de estos organismos, y, en segundo lugar, de la enumeración taxativa de materias contenidas en el artículo 100 al consagrar los derechos del Consejo Nacional sobre los consejos especiales. Para restringir la capacidad o la libertad de estos institutos, precisanse textos expresos que autoricen esa restricción. El ente autónomo puede ejecutar libremente todo aquello que no le prohíbe la ley constitucional, o la ley ordinaria o reglamentaria de los preceptos condicionados del artículo 100; y tan sólo debe abstenerse de hacer aquello que la ley prohíbe por modo expreso. Por otra parte, el silencio de la ley es forzoso interpretarlo siempre en pro de la autonomía (Ob. cit., pág. 85 y 186). “Como ya lo hemos afirmado, el contralor tutelar tan sólo existe cuando algún texto lo impone expresamente; la regla, en silencio de la ley, es la autonomía de la persona moral” (Ob. cit., pág. 91).

Es la equiparación de la autonomía privada a la pública, como si fuesen especies de un mismo género de libertad. Pero el propio Demichelli —en quien nos detenemos tanto por el mágico prestigio que ejerce en nuestro medio la invocación de su monografía— advierte que hay una radical diferencia cuantitativa y no sólo gradual, entre libertad privada y autonomía administrativa.

Esta diferencia ha sido afinada por la doctrina posterior y hoy es dato casi indiscutido del derecho público. Todo el fundamento de la radical diferencia que separa ambos tipos de libertad, es el siguiente: el particular es un fin en sí mismo, dentro de un sistema democrático liberal como el nuestro, en tanto que la institución autónoma, como el Estado todo dentro de ese mismo sistema, no es otra cosa que medio al servicio del hombre. Significa ello que la libertad del individuo —como expresión de ese supremo valor del liberalismo político, que es la personalidad humana— debe reputarse ilimitada, mientras no esté expresa y razonablemente limitada, en tanto que el poder de la institución debe reputarse como intrínsecamente limitado por el fin de servicio público que persigue, y no sólo desde afuera por la demarcación de lo que le está prohibido sino desde adentro por la regulación de su existencia toda y de la preparación, constitución y ejecución del acto administrativo o de la prestación pública en cuestión. La ley no es el límite del ente público o de sus actos sino que es el origen y sustancia de éstos. Aún si hay poder discrecional el mismo es siempre una posibilidad para un fin regulado por ley, dentro de otros ciertos requisitos ya especificados en este trabajo, que delimitan y determinan positivamente el contenido y la función del acto o del servicio en cuestión.

La discrecionalidad, además, es un carácter puntual y no pleno de lo administrativo y por serlo no es algo radicalmente contrapuesto a la legalidad, sino una forma atenuada de ésta, que relaja la vinculación. De aquella fundamental orientación de poderes —la autonomía pública y la privada— nace el que ésta última sea propiamente una forma de libertad, en cuanto es un medio al servicio de un fin propio y creado por el que lo persigue; mientras la primera —la autonomía administrativa— no es otra cosa que una potestad puesta al servicio de un fin impuesto por la ley y no por el ente a sí mismo, en condiciones también reguladas por la ley y no, fundamentalmente, por el ente. Administración discrecional o diferencia de libertad privada, es la actividad sometida a la ley, excepto en aquello en que la misma ley le permite ser libre. Por eso la institución autónoma, al revés de lo afirmado en la cita que antecede, no es libre sino para aquello en que está facultada para serlo, e incompetente en todo aquello en que no lo está.

Si, pues, la vinculación existe aún bajo la apariencia de la discrecionalidad, resulta necesaria la admisión de un control que la actualice aún contra la voluntad del ente, cuando éste haga su propia ley so pretexto de aplicarla. Para evitarlo procede un control de tipo tácito y constitucional, como el que en estas líneas propugnamos.

La interpretación última del viejo artículo 100 de la Constitución uruguaya de 1918, arriba citada, puede considerarse como una exégesis ceñida a un texto positivo, en cuyo caso carecería de toda importancia. Pero excede de tal exégesis y aborda un problema mucho más grave y general, la fundamentación que se da a la misma.

Parece entrar en contradicción todo el que afirma el carácter connatural de la tutela administrativa y la autonomía, hasta el punto de afirmar que “partiendo de una idea romántica como lo es la de la libertad, y restando de ella todas las restricciones de derecho impuestas a la libre actividad de los entes, obtendremos, como síntesis, la autonomía” (Ob. cit., pág. 63); y hace afirmaciones, por otro lado, como las citadas más arriba sin ninguna explicación que produzca la armonía entre unas y otras.

Si la tutela administrativa es esencial no puede depender de la ley para su existencia y existe, aunque sea en un mínimo razonable, aunque no haya ley que la consagre. Y si, por otra parte, falta la tutela siendo esencial —como dice Demichelli que es y lo aceptamos nosotros— faltaría también la autonomía y nacería en su lugar una especie de Estado Federal por especializaciones materiales, no por zonas espaciales. Sería una desmembración material de la soberanía, que obviamente requeriría expresa previsión y sobre todo expresa limitación constitucional.

La tesis de Demichelli es peor que la monista, porque ésta protege al Estado que es superior, y aquélla a la autonomía, que es lo mismo que sacrificar al que vale más por el que vale menos. Entre el Estado y su unidad, y el ente y su feudal señorío —aunque sólo sea administrativo— nos quedamos mil veces con el Estado.

Hoy la tesis de Demichelli ha sido ampliamente superada en su propio sistema. Basta leer al respecto el magnífico tratado de Sayagués Laso (tomo 11, pág. 208, *Tratado de Derecho Administrativo*) para conocer el nuevo contralor tutelar instaurado en

aquel orden, fundamentalmente basado en una intervención discrecional y oficiosa del Poder Ejecutivo sobre la vida del ente autónomo, que puede conducir a una final decisión del Senado uruguayo, siempre con carácter de una decisión administrativa y no jurisdiccional. El contralor ha llegado a extremarse en Uruguay hasta el punto —lógico por otra parte— de incidir no sólo sobre la legalidad y la técnica de la administración descentralizada, sino también sobre la pura oportunidad y conveniencia de la misma. Ahí esta posibilidad se ha realizado porque hay norma constitucional que expresamente la permite; aquí tal solución tendría que acudir a igual medio constitucional para ser operante. Pero resulta claro, de la obra citada, que después de “Los Entes Autónomos”, han ocurrido múltiples reformas en Uruguay —nuestro ancestro y linaje en descentralizaciones— y que las mismas han logrado acordar la realidad legislativa uruguaya a las necesidades de un Estado moderno, asediado por la fuerza centrífuga de grupos inmensos de presión, que muchas veces nacen llamándose autonomía.

El Estado moderno está en crisis: el comunismo lo ha minado en lo internacional, suplantando la nacionalidad con la clase y el deber político con la convicción de partido; y el sindicalismo —dondequiera que es tal— lo ha disgregado en lo interno suplantando los partidos con los sindicatos. Antes el deshacimiento de una institución que tan ilustre pasado tuvo, y tan menguado presente tiene, el hombre de hoy —como lo ha dicho Balladore Pallieri— se pregunta a solas por la nueva forma de organización pública que habrá de sustituir aventuradamente esta sola que conoce y que ya no respeta: si la federación de las naciones, si la colaboración de servicios especializados, o la universal comunista. Y el hombre de hoy sólo puede responderse tímidamente a sí mismo que a ese Estado que desaparece —atacado desde dentro y desde fuera— nada sino la anarquía lo va a sustituir. La descentralización ha hecho crisis y ha aumentado con la suya la crisis del Estado. Con el sindicalismo moderno, ha sido el principal agente de fractura en su unidad política y sólo en los pueblos que a tiempo han sabido enervar esas dos fuerzas de desmembración no han podido las mismas insembrar su virtud de incertidumbre económica y política. No estamos contra una ni contra otra, pero preferimos su control necesario por el único poder que todavía puede controlarlos, el Estado. Creemos en la necesidad de esta

evolución desintegrante, pero creemos igualmente que no puede favorecerse como debida mientras el Estado siga siendo —como es— la única forma eficiente y probada de dirección y coordinación dentro de una comunidad nacional.

Nuestra tesis, que afirma la existencia de una tutela administrativa tácita, constitucional y de principio, cuyo contenido mínimo lo forman los poderes indispensables para declarar y eliminar la ilegalidad y el empirismo infundados de la actividad descentralizada, no se basa, sin embargo, en esta preferencia estimativa y política por el Estado y su fortalecimiento en la presente crisis de autoridad. Se funda en la aplicación del principio de unidad a los entes autónomos, en cuanto su origen está en la Asamblea Legislativa y su fin depende del Estado mismo, que lo ha reconocido y debe continuar manteniéndolo dentro de los límites legales y técnicos precisos que son la condición mínima para que ese reconocimiento se renueve en forma continua frente a su funcionamiento.

El rechazo de esta tesis sólo puede conducir a las contradicciones y extremismos ya apuntados, o a la anarquía de un ente nominalmente sometido a la ley que estaría facultado para crearla, bajo pretexto de su aplicación. Aun si en este caso restara el recurso a lo jurisdiccional y judicial, para resolver el conflicto entre la Administración Central y la descentralización, quedaría siempre fuera de todo control y límite la aplicación de ciertas zonas de derecho como las relativas a la organización interna del ente, y se perderían las ventajas del sistema de control típicamente administrativo, ya apuntadas en contraste con las propias del sistema judicial. Se trataría, en todo caso, de una forma de tutela que, además de ser ineficaz para el fin que persigue, por su misma naturaleza, es inexistente en los países como el nuestro en que no hay un contencioso administrativo de anulación sino uno de plena jurisdicción, donde para establecer el respectivo juicio hay que tener un derecho administrativo o de otro tipo, violado por la actuación del ente autónomo. En esta situación el Poder Ejecutivo carece de todo derecho a la actuación legal de la institución autónoma, porque no hay norma alguna que proponga esa actuación para su beneficio exclusivo y divisible, con potestad de acción para exigirla, que son los signos del derecho subjetivo. Si no hay normas que expresamente prevean el control del Poder Ejecutivo sobre el ente autónomo, para impugnar sus actos ilegales o técnicamente

defectuosos, el Poder Ejecutivo carece de todo derecho a la legalidad de las gestiones descentralizadas y del derecho a recurrir contra éstas por la vía del contencioso administrativo. Ese derecho sólo nace con el establecimiento de potestades de control y sólo en la hipótesis de que el ente paralizado persista en ejecutar sus decisiones improbadas.\* Puede el Ejecutivo, entonces, atacar la validez y licitud de las actuaciones improbadas por ejecutarse en defecto de un requisito legal indispensable con ese fin, que es la existencia de un control positivo que las autorice. Pero tal posibilidad desaparece si la potestad de control no existe, salvo si —como es nuestra tesis— se admite su existencia tácita y constitucional.

La existencia de entes libres e incontrolados por principio, salvo excepción expresa en contrario de la Constitución o de la ley, es un peligro de fragmentación y feudalismo institucionales inconcebibles en un Estado moderno, cuando ya es clara la existencia del Estado por encima de toda clase de feudalismos. Para corroborarlo no nos queda sino citar nuevamente a Demichelli, que con lucidez y precisión, pero en contradicción con sus otras afirmaciones, también ha mantenido ocasionalmente igual tesis que la nuestra:

“La existencia de un derecho subjetivo a favor de una persona administrativa, implica un grave peligro para la unidad orgánica del Estado. Los seres morales son órganos de la Administración Pública, personalidades oficiales integrantes de ese conglomerado jurídico que se llama Estado. El Estado, a su vez, se caracteriza por su unidad orgánica: el Estado es uno e indivisible. Entidades absolutamente libres funcionando dentro de la administración étática, entrañarían la ruptura de esa unidad y la divisibilidad del Estado mismo”. De aquí que, en la organización pública, todos los órganos del Estado se encuentren unidos por ciertos enlaces más o menos estrechos. Los entes autónomos, a pesar de su relativa libertad no escapan a esta regla, por cuya causa se encuentran sujetos a cierto grado de vigilancia y contralor especial confiado a los órganos superiores del Estado. Este contralor especial se conoce con el nombre de tutela administrativa” (Ob. cit., pág. 89).

Mejor ni más preciso no puede decirse: la tutela administrativa es el contralor necesario —y por eso mismo tácito y esencial— para impedir que la existencia de entes autónomos rompan

la unidad e indivisibilidad del Estado. Sin Estado no hay descentralización, pero sin tutela habría una descentralización sin Estado. Para que haya descentralización se requiere ineludible e inexorablemente el que haya una tutela de contenido constitucional necesario e invariable, por encima de la misma ley. La tutela administrativa tácita, esencial y constitucional que hace posible la autonomía es aquélla que permite actuar libremente al ente y, al tiempo, le impide actuar ilegalmente, contra la técnica o la ley. En Costa Rica esa tutela existe y, tarde o temprano, tomará vida en la misma ley que ahora la niega o la lesiona, cuando habla de la absoluta autonomía del ente en materia de gobierno y administración. Para que haya autonomía tiene que haber coexistencia con el Estado y éste sólo puede convivir afirmando su innata e inevitable superioridad. La tutela es la superioridad del Estado que salva la autonomía, porque tiene por fin público el suplir las parcialidades y limitaciones de orientación que ésta pueda padecer, frente a la ley o al interés público; por eso se llama tutela y evoca algo de paternidad efusiva y activa. Por eso, negar la tutela es no sólo debilitar al Estado que así pierde un miembro poderoso de su existencia, sino también estimular el deshacimiento de la autonomía y provocar conflictos de coexistencia entre entes menores incapaces por sí mismos para abarcar todo el panorama de la vida pública nacional. Y por esto, también, afirmar esta tutela como aquí lo hacemos, es dar vida al ente en el único origen del que puede tomarla, que es la paternidad del Estado y de su autoridad suprema. Podrá negarse y discutirse el máximo de esa autoridad, pero no su mínimo indispensable: improbar, anular, revocar, suspender o sustituir los actos de la institución por motivos de legalidad y técnica puras.

## h)—Los actos de tutela administrativa

### h-1) Aprobación e improbación

No creemos que requiera minuciosa explicación ninguna de las potestades mencionadas, coincidentes con el mínimo de control actuable por el Estado frente a las instituciones autónomas. Se ha explicado ya la naturaleza de la aprobación y de la improbación, como juicio que condiciona un efecto habilitante o impediendo de las consecuencias jurídicas del acto controlado.

Se trata, más claro, de un control que incluye sólo una primera etapa consistente en la declaración de regularidad o irregularidad del acto frente a la norma aplicable, y que no contiene orden, prohibición ni medida volitiva alguna que esté dirigida a producir por sí misma aquél especial efecto sobre la eficacia del acto. Es la ley, se dijo, la que lo produce y para ello considera y adopta el acto de control como hecho jurídico con aquél resultado, sin atender intención alguna de su agente. De aquí, también, la radical diferencia entre aprobación y acto último de adhesión en la hipótesis, usualmente confundida, del acto complejo.

No obstante que creemos claras y ciertas las afirmaciones hechas en relación con la naturaleza y efecto de la aprobación nos parece oportuno reafirmarlas, en frente de tesis opuestas —algunas de ilustre origen— que configuran la aprobación o, sobre todo, la improbación, como formas de control que encapsulan una potestad de mando, que permitiría al contralor comandar al controlado, determinando la forma y contenido de sus actos. Nada menos que Ugo Forti, el viejo y prestigiado maestro de la Universidad de Nápoles, lo mantiene así:

“La orden o la prohibición contenidas en una providencia de tal tipo (se refiere a la improbación) son menos obvias, porque no sólo tienen carácter ejecutorio sino que contienen incluso un elemento coactivo, que es la ejecución por sí, verdadera y propia (de lo que las mismas disponen). Esto no quiere decir que falte la declaración obligatoria para el ente público, en el sentido de que el mismo debe proceder a ejecución de un determinado comportamiento. Es que hay, en la providencia misma, también la corrección del comportamiento disconforme con el principio. Los dos momentos son tales que no se pueden confundir desde el punto de vista lógico; y de la distinción resulta que el segundo (la corrección en la que se concreta toda la influencia posible del control sobre el acto) no sólo no excluye sino que necesariamente presupone el primero (esto es, la declaración obligatoria para el ente de su obligación positiva o negativa en el caso concreto). Por lo cual, para concluir, es siempre cierto que estos controles se dirigen a la persona directamente, como lo afirma Mayer; y por otra parte, no se entendería el sentido concreto de este innegable principio, si no se admitiese simultáneamente también que se formulan bajo la forma de orden o prohibición, o en general, de

declaración de un principio obligatorio para el ente” (citado por Luigi Galatteria, *Teoría jurídica de las órdenes administrativas*, pág. 49).

Esta tesis tiene su origen, como se desprende de la cita, en Otto Mayer quien la expone al hilo de lo que él llama el poder de vigilancia (surveillance) del Estado sobre los entes. Pero el mismo Mayer (*El Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, pág. 311, trad. francesa) advierte bien que lo que, en el caso, se llama “orden por derecho de vigilancia” no es en realidad tal sino una mera declaración, especie de formulación de un juicio o de una valoración, sin mezcla alguna de una voluntad dirigida a modificar la conducta del ente y a determinar, vinculándolo, lo que éste haga en el curso de su administración.

Dice Otto Mayer:

“Lo que uno llamaría una orden dirigida al “cuerpo de administración” autónomo en virtud de una potestad de vigilancia, es, en realidad, la declaración de que dicho cuerpo está obligado a hacer alguna cosa o, de expedir alguna otra, quiere decirse: una constatación de su deber...”

Se trata, por lo menos en el caso de la aprobación o la improbación, de una constatación o representación lógica de un deber considerado como objeto de estudio y prueba en el caso concreto; exactamente como puede constatarse o tenerse por existente otro hecho —no lógico jurídico, sino físico causal— mediante una certificación o un dictamen pericial sobre su existencia. Es decir, se trata —en el caso de las órdenes o prohibiciones de hacer o no hacer, que se pretenden ocultas bajo la forma del control negativo por improbación del acto— de un juicio y no de un acto de voluntad, que no va dirigido a ningún sujeto, ni siquiera al controlado, ni pretende determinar jurídicamente su conducta. Se trata de un evento que está jurídicamente regulado como condición para que se consolide una conducta anterior en virtud de un poder propio, independiente de la misma aprobación. Esta —lo mismo que la improbación— no crean situaciones jurídicas subjetivas, derechos u obligaciones, sino que hacen posible o imposibilitan que otros actos anteriores los creen, y pueden estimarse, por ello, como creadores de situaciones jurídicas objetivas, según antes quedaron definidas: la posibilidad de ejercer o no ejercer una situación jurí-

dica subjetiva —derecho u obligación— en virtud de un hecho anterior cuya función es preparar la aparición de ese ejercicio bajo la forma de una condición indispensable para el mismo.

Concluimos por todo ello, y pese a la autoridad de Forti, en negar el carácter negocial o dependiente de la voluntad creadora del contralor, de las aprobaciones o las improbaciones. Estas sólo contienen un juicio sobre la regularidad del acto en relación con un canon, que en Costa Rica sólo puede ser legal y no de mera oportunidad; y, una vez expresado ese juicio, se produce automáticamente y con entera independencia de la voluntad del órgano el efecto conectado por la ley a dicho acto, no como tal sino como hecho jurídico, consistente en mera declaración de juicio o de conocimiento sobre la ley. Efecto que es el posibilitar o impedir la eficacia y la ejecución regular del acto aprobado o improbad.

## h-2) Potestades de control represivo

Las otras potestades de control mencionadas, todas llamadas sucesivas y represivas, porque se ejercen después de un acto que es ya eficaz y que está siendo ejecutado, presentan la diferencia frente a la aprobación o improbación de ser poderes compuestos por dos posibilidades legales, la de pronunciarse sobre la legalidad del acto y la de suprimirlo, si se concluye en que es irregular. Es decir, la potestad de juicio infartada en la de aprobar o improbar —que ya se describió— y, además, la potestad de adoptar la resolución dirigida a producir el efecto voluntario y deliberado de impedir que continúe siendo ejecutado el acto violatorio e ilegal.

No se trata aquí de un simple juicio al que la ley adscribe un efecto fuera de todo elemento voluntario —como en el caso ya arriba mencionado— sino de una verdadera manifestación de voluntad que tiene la consecuencia propia y autónoma de impedir que el acto ilegal sea llevado a cabo. No se requiere de una orden del órgano central contralor, dirigida al ente autónomo, para que éste suprima el acto o suspenda su efecto, sino que el control causa tal resultado impeditivo directamente por sí mismo, y abandona al ente autónomo únicamente la facultad —que de todos modos conserva, como mejor se verá después— de retomar de nuevo la necesidad pública en juego y volver a emitir el acto sustituto del anulado, revocado o suspendido. No hay, en ningún caso, órdenes del contralor al ente autónomo, ni menos aún susti-

tución de éste por aquél. La institución conserva siempre su plena autonomía de actuación, y su completa desvinculación frente a órdenes o interferencias activas del contralor. Ya se vio, en efecto, que las órdenes (aun las fundadas en razones de ley o de técnicas) y las sustituciones resultan necesariamente contrarias a la autonomía.

El ente autónomo, por el solo hecho de serlo, tiene libertad y responsabilidad propias para decidir sus asuntos por vez primera y en ningún caso, salvo excepción constitucional expresa en contrario, puede el contralor sustituir su conducta. La sustitución de la conducta que lleva no sólo a eliminar lo indebido sino también a adoptar la conducta regular y oportuna en su lugar, implica una decisión completa, incluyendo la determinación de elementos discrecionales que está vedada al contralor, por tratarse de un campo en que es soberano el ente autónomo. El ente, una vez manifestada su voluntad o conducta, pierde toda titularidad en cuanto a su aspecto legal, que puede ser revisado. Pero conserva su potestad para proveer de nuevo sobre la misma materia, en uso de potestad igual a la inicialmente ejercida y, sobre esta base, conserva la disponibilidad del acto irregular y sus efectos, de modo que sólo él y nadie más que él puede adoptar otro en su lugar. Actuar en lugar del ente, reformando o dictando nuevamente el acto debido con el fin de que se trata, sería privar a aquél de la posibilidad de ejercer su competencia al respecto y, si tal potestad de sustitución está legalmente consagrada, sería también violar esa competencia de origen constitucional.

De estas potestades de tipo represivo la de anular es la principal.

La anulación es la extinción de un acto por vicios originales de legalidad o de oportunidad. Cuando el órgano retira un acto sin apoyarse en motivos supervinientes e invocando razones de oportunidad, significa que si se hubiesen considerado bien las circunstancias de su emisión el acto no se hubiese dictado por inconveniente o inoportuno. Se habría considerado el acto, quiere decirse, como carente del mínimo de oportunidad exigido por la ley para la emisión del mismo, desde el punto de vista del interés público en juego. En consecuencia, cuando se retira un acto por un vicio original de oportunidad, se tutela en realidad la aplicación de la ley que exige ese mínimo y que prohíbe emanar el acto sin su presencia. El retiro por inoportunidad original es una anulación.

La revocación, por contraste, es el retiro del acto por razones supervinientes de legalidad. La revocación por motivos de oportunidad ya vimos que está prohibida, en tanto que es un control de ese mismo tipo. De ese modo, la revocación a que aludimos anteriormente, como forma de control sobre el ente autónomo, se funda en lo que la doctrina acostumbra llamar también decaimiento del acto que ocurre, según palabra de Sayagués, cuando los actos administrativos pierden su eficacia jurídica “independientemente de la voluntad de la administración, por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o derecho indispensable para su existencia”. El decaimiento es la situación jurídica que se opera en tal hipótesis, pero el mismo puede no darse automáticamente y requerir expresa declaratoria si, por ejemplo, la ley dispone la necesidad de esa declaración o, aunque nada diga al respecto, el ente autónomo insiste en la ejecución del acto pese a su automática decadencia jurídica. El control extintivo que surge, entonces, y hace lo que el ente debió hacer con el acto indebidamente operante, por razones de decadencia legal, es lo que aquí estrictamente llamamos revocación.

### h-3) Suspensión

La suspensión del acto, y no del funcionario, es poco conocida en Costa Rica. Pero es, en todo caso, posible. Aquí aceptamos ampliamente que el acto administrativo es ejecutorio y puede ejecutarse pese a su ilegalidad, mientras la misma no sea jurisdiccionalmente declarada. Tal principio, así aplicado, resulta equívoco en nuestro caso y puede tener todas las lamentables consecuencias que su existencia misma trata de evitar. Pues la ejecutoriedad del acto administrativo intenta primordialmente facilitar la acción administrativa, según una valoración de intereses que da preferencia a las de ésta por encima de los del particular o ente extraño quejoso, para evitar que las necesidades públicas se vean paralizadas por la oposición de un interés privado inferior. Esa valoración, sin embargo, debe extremarse y acabarse lógicamente, llevándola también a las relaciones entre Estado y ente autónomo. Ya se vio cómo —por razón del origen y del fin limitado— el ente autónomo puede reputarse institucionalmente inferior al Estado y subordinado a éste en cuanto a la aplicación de la técnica y de la ley. Resulta de ello que mientras las consecuencias lógicas

de esa superioridad no estorben ni contradigan la autonomía constitucionalmente garantizada, siempre habrá de preferirse el Estado al ente autónomo en todo conflicto de intereses entre ambos y que, por eso mismo, cuando haya un acto de la institución impugnado por el Estado deberá suspenderse mientras el criterio estatal se mantenga, para evitar que prevalezca el interés menos valioso y amplio sobre el que lo es más, a través de su ejecución. Puede sentarse así el principio general de que el acto administrativo de la institución descentralizada no es ejecutorio frente al Estado Central, en los conflictos que éste promueva o plantee con motivo de su ejecución y eficacia. Según esta tesis el Estado puede siempre suspender un acto del ente autónomo cuando considere sospechosa su legalidad, sea por disposición expresa con ese fin, sea por interposición de las observaciones y de la oposición con el pedimento de que el acto sea corregido. En Costa Rica la figura más típica de la suspensión es el veto del Gobernador sobre los actos municipales, que no es otra cosa que una suspensión de los mismos.

#### h-4) La violación de la técnica y la anulación

Quede claro, finalmente, que también entendemos por anulación, en este estudio, el retiro del acto por violación de las reglas científicas aplicables en el caso. Ya se vio, en efecto, que tales reglas en cuanto sean de aplicación ineludible y exacta, sin excepciones ni inadecuaciones producidas por la discrecionalidad administrativa pura (en los términos a su tiempo definidos), resultan incorporadas a la ley que exige aplicarlas también exacta y plenamente, sin atenuaciones ni desviaciones.

Resta por examinar brevemente el llamado control sustitutivo.

#### h-5) El control sustitutivo

Es obvio, en este respecto, que el contralor carece de la potestad, que sí tiene naturalmente la institución, para proveer inicialmente y por primera vez sobre la necesidad pública en juego.

Ya se vio que el control tiene por objeto someter el ente al Estado en cuanto a la legalidad y a la técnica de su actuación. Sistemas hay —como el italiano, el francés y el uruguayo— en que los motivos del control pueden ser también de oportunidad.

En ambos casos se trata nada más de impedir que la institución desborde ciertos límites que le vienen impuestos por el Estado, como supremo administrador o creador del orden jurídico, y frustre su misión especial o cause un daño serio a los otros bienes jurídicos creados o protegidos por el Estado.

La función del control, como la de la policía, es puramente preventiva o represiva, nunca de impulso ni de iniciativa. El sujeto y órgano contralor carecen de un interés directo en la satisfacción de la necesidad pública a que mira el acto controlado, y sólo persiguen la misión invariable de impedir que la misma se satisfaga sin observar los medios, los requisitos y las formalidades prefijados por el Estado para garantizar un mínimo de éxito al respecto. El interés del contralor no es el del acto controlado, sino el de la eficacia de las normas o reglas aplicadas por éste, concebidas como instrumentos o garantías mínimas de buena administración, desde el punto de vista de Estado Central. Así, el sujeto del control carece de motivo legal para proveer sobre un interés propio del ente autónomo, en sí mismo considerado como un bien jurídico, antes de que éste último lo haga en su lugar, como titular de ese interés y de la potestad para juzgar el momento de su logro y para iniciar los procedimientos a ese fin conducentes. Mientras, el ente autónomo no actúe, no está en juego el único motivo posible de la actividad contralora, ni el único fin que puede interesar al respectivo contralor, que es asegurar la aplicación de las reglas por parte del sujeto controlado. Igualmente, cuando el acto de la institución ha sido anulado, suspendido o revocado, el Estado carece de potestad para dictar otro nuevo en su lugar, sea totalmente nuevo, sea parcialmente tal, mediante la reforma o modificación del acto, en lugar de su extinción total. La reforma y la modificación implican una anulación de lo reformado o modificado y, además, una sustitución por lo que se estima correcto. De este modo puede decirse que el Estado no puede, en uso de su poder de control, ni sustituir totalmente el acto anulado, suspendido o revocado, ni tampoco reformarlo ni modificarlo. Sólo puede, precisamente, disponer del mismo en los términos impositivos o extintivos que arriba se puntualizaron.

Se desprende de todo lo dicho, sin embargo, que hay una posibilidad lógica en que el Estado sí puede sustituir al ente autónomo en su actuación, usando de un poder de iniciativa propia.

En realidad se trata de una apariencia, porque también en este caso se intenta nada más poner las condiciones legales mínimas y necesarias para el buen desarrollo de la actividad descentralizada, de conformidad con la técnica y la ley, a juicio del Estado Central. El rechazo del poder sustitutivo de la actividad descentralizada, tal y como quedó explicado, se refiere a la hipótesis en que el ente actúa ilegal o empíricamente.

La posibilidad de control sustitutivo apuntada se relaciona, en cambio, con la hipótesis de omisión o inacción del ente, cuando él mismo está legalmente obligado a una determinada conducta y no la realiza. Es decir, cuando es reglado y no discrecional el motivo y el momento de la actuación del ente, y la misma no se produce con violación de las reglas respectivas.

Cuando la institución se abstiene de actuar en tales circunstancias es porque, en realidad, está actuando ilegalmente y rechazando o denegando su voluntad favorable (o su servicio) sin fundamento alguno. El Estado puede, entonces, intervenir en un doble sentido. En primer lugar, intervenir en los términos comunes y hacer uso de su potestad tácita de anulación de los actos de la institución autónoma, sin necesidad de recurso ni instancia de sujeto extraño que a ello lo impulse u obligue. Pero, dada la particularidad de la conducta ilegal que es negativa, el Estado con anular esa omisión se limita nada más a manifestar un juicio sobre una ilegalidad, sin cambiar en absoluto la situación jurídica preexistente. Cuando, en efecto, la conducta anulable es positiva su anulación es constitutiva y produce una nueva situación jurídica, que es la cesación del efecto o la acción irregulares. Cuando, como en nuestra última hipótesis, es omisiva, su declaración de ilegalidad ningún resultado produce, ni como hecho ni como acto jurídico, pues el ente logra continuar y afirmar su conducta ilegal con el mero desatender aquella declaración del contralor y reiterar su omisión. Se requiere, entonces, que el Estado intervenga para impedir que el ente continúe su conducta ilegal y para lograr un cambio en la situación jurídica anterior, como en los otros casos de control, pero aquí, a diferencia con éstos, en la única forma adecuada, que es la emisión de la conducta debida en lugar del ente.

Esta conducta sustitutiva pone en movimiento una potestad igual a la del ente pero a nombre y por cuenta del Estado. El Estado actúa en lugar del ente, pero en su propio interés. La

autonomía no sufre con tal sustitución, porque también en esta hipótesis el ente ha usado plenamente de ella, al decidir abstenerse ilegalmente de la conducta necesaria desde antes de la sustitución. El Estado, como en los otros casos de control, interviene sucesiva y no anteriormente a la emisión de la conducta primera del ente autónomo; y éste, también como en los casos comunes de control, queda sujeto al Estado desde ese mismo momento, en cuanto a la legalidad de su propia conducta. Queda residuada —como única característica del control en examen— aquella posibilidad de actuar en lugar del ente, para lograr así la eliminación de la ilegalidad, que es elemento final y la función indispensable de todo control. El ámbito de ese control sustitutivo queda limitado —precisa reiterarlo— a los casos en que siendo reglada y no discrecional la conducta del ente en cuanto a motivo y momento, éste se abstiene ilegalmente de actuar.

Surge así en nuestro itinerario la consideración del control sustitutivo, cuya forma elemental y más clara de existencia que sostenemos tácita y constitucional en Costa Rica es la ya expuesta, la sustitución de omisiones concretas de la institución autónoma. Hemos dicho que en este caso el interés en la sustitución es del Estado como contralor, empeñado en mantener la legalidad de la actuación descentralizada como un medio para someter a ésta a sus criterios sobre tal administración. O, todavía mejor, es un interés que coincide con el del Estado administrador en que se desenvuelvan conforme a la ley las otras ramas de la administración que completan la suya propia. La ley es concebida como un principio de orden y de eficiencia cuya observancia garantiza el éxito de la acción administrativa. Puede decirse que, sobre la base de este interés central e integrando su potestad de control, el Estado tiene una competencia propia y concurrente con la de los entes autónomos sobre la especialización de éstos, cuyo ejercicio está condicionado a la omisión del mismo por parte de estos entes, cuando tal omisión es ilegal en las condiciones ya descritas. Se trata, más claro, de una competencia del Estado supletoria de la del ente, en interés del propio Estado. Competencia que no es la de administrar lo que administra el ente, sino la de aplicar la ley administrando en lugar del ente, cuando éste la viola por omisión.

El Estado tiene, entonces, no la potestad de ejercer las competencias o derechos del ente omiso sino la de ejercer una

competencia propia de carácter extraordinario, por estar supeditada en su ejercicio el caso anormal de que el ente llamado a actuar en primer término decida no hacerlo. No se trata, en consecuencia, de un Estado que únicamente ejerce poderes ajenos, en interés del ente menor; ni tampoco de un Estado que actúa a nombre propio, por cuenta o en interés del ente. Ni aún siquiera de un Estado que actúa a nombre de otro en interés propio. Aquí el Estado actúa a nombre propio y en interés propio, exactamente como en el caso de sus otros órganos comunes (que no son de control) pero en condiciones de carácter anormal y extraordinario, únicas que crean su competencia al respecto.

Resta una importante observación sobre el control sustitutivo descrito: todo lo dicho al respecto se refiere, en realidad, al control de la conducta negativa del ente, que la suple cuando ilegalmente se omite. Y se dijo ya el motivo para ello: la imposibilidad lógica de suplir una omisión con una mera declaración jurídica, sin recurrir directamente a la acción que llena el hueco dejado por la inercia del ente. Ahora podemos decir, parangonando situaciones, que igual razón es aplicable cuando se trata de una acción empírica y material (no jurídica) gravemente peligrosa para la vida, la salud o la integridad física o moral de la comunidad o sus habitantes. Más claramente: cuando se trata de una actividad peligrosa para los bienes públicos tutelados por la policía, en el sentido estricto y tradicional de su definición. “Función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas, y de la economía pública en cuanto afecte directamente a la primera” (Benjamín Villegas Vasavilvaso, **Derecho Administrativo, Limitaciones a la Libertad**, tomo V, pág. 88).

En la hipótesis de una conducta con tales notas —material, empírica y peligrosa a la comunidad— resulta igualmente infructuosa toda intervención puramente jurídica o volitiva del contralor, sin pasar a las vías del hecho y sustituirse, material y no sólo volitivamente, a la institución que pone en movimiento un aparato o un servicio claramente peligrosos o nocivos para el público. Lo que aquí hay, en realidad, es una aplicación del principio ya antes expuesto, en virtud del cual se afirmó que el Estado prevalece sobre el ente en aquellos aspectos de técnica exacta o inflexible propios de su gestión, porque cuando esa prevalencia no puede asegurarse con simples declaraciones por razones de hecho, deviene

necesario asegurarla con la interrupción inmediata del estado de peligro a través de conductas físicas sustitutivas o correctivas de las del ente que se halla en falta.

Así, puede afirmarse que un principio general de la tutela administrativa es que la autonomía cesa cuando choca con la policía del Estado, y que ello sólo ocurre —para dar una interpretación restrictiva que es la única acorde con aquélla— cuando la institución realiza actividades materiales que lesionan la seguridad, moralidad o salubridad públicas, o la “economía pública en cuanto afecte directamente” esos otros bienes jurídicos.

Fuera, entonces, de las dos hipótesis igualmente fundadas del control sustitutivo por omisión y por acción peligrosa del ente, parece no existir ninguna otra que dé cabida a la sustitución de su actividad. ¿A quién es imputable la conducta del contralor que se sustituye al centro controlado? ¿Al ente o al Estado?

Creemos que la figura que se dibuja a través de aquel tipo de control es la pura y simple del órgano o del sujeto Estado actuando en términos comunes, pero en ejercicio de una competencia extraordinaria.

La competencia del contralor sustituto, cuando actúa en lugar de la institución omisa, es suya propia y se ejerce en beneficio del Estado, no del ente. En consecuencia, los efectos y todas las responsabilidades que nacen de esa conducta —y no de la omisión, cuyas consecuencias sí pertenecen exclusivamente a la institución— son también del Estado, contra el cual habrán de dirigirse las acciones respectivas.

Para confirmar esta conclusión resulta ilustrativo transcribir un párrafo definitivo de Arnaldo de Valles, donde el ilustre autor —por diverso camino— ha sentado las premisas de nuestra tesis. Podemos decir, sin reservas, que nuestra tesis coincide enteramente con la de la cita siguiente:

“La oficina (sustituta) ejerce una competencia propia, tanto que, desde el punto de vista del contenido, su voluntad puede comportarse en modo diverso a la de la oficina sustituida; pero, sobre todo, el aspecto formal prueba que la imputación de su voluntad es directa, y no obtenida a través de la oficina sustituida, cuando menos en la mayoría de los casos. Esto induce a rechazar

la idea de representación, y aún más aquélla de órgano de otro ente u órgano, porque la característica del representante está en que éste puede actuar en nombre de otro y hacer valer su voluntad en esa condición, como propia del representado por virtud de ley; mientras en el caso examinado, el órgano sustituto, aunque acepte tomar sus poderes de la inacción de otro órgano, no imputa a éste su voluntad sino al Estado directamente, en el ejercicio de derechos también del Estado. La competencia que se ejercita no es exclusiva del sustituido, sino, como se dice, competencia del Estado que no puede ejercer sino en determinada hipótesis, con imputación directa al Estado mismo (Teoría Jurídica de la Organización, pág. 237, tomo I).

#### h-6) El control comisarial

He aquí, sin embargo, que la doctrina admite la posibilidad de otro tipo de control sustitutivo, que acostumbra llamar comisarial. Consiste éste en la posibilidad de remover al titular del órgano jerarca del ente autónomo y sustituirlo con otro nuevo y provisional, de nombramiento exclusivo del Estado, cuando el destituido ha incurrido en una acción u omisión gravemente ilegal y perjudicial para el interés público que satisface la institución. ¿Puede considerarse posible el control sustitutivo comisarial en Costa Rica?

Cabe decir, por lo pronto, que tal control es más sobre las personas que sobre los actos de la autonomía y que, como tal, está constitucionalmente vedado, mientras no esté expresamente permitido por la Constitución. El control mediante sanciones contra las personas del jerarca de la institución no es parte de la tutela administrativa mínima, de existencia constitucional tácita afirmada en este estudio, porque el mismo no conduce a eliminar la ilegalidad o empirismo de un acto de la institución, individualmente considerado, sino sólo a poner una de las condiciones —la fundamental— para determinar el rumbo u orientación general de las actividades del ente concebidas como un todo, y no como una suma de actos separados en el tiempo. Es decir, se trata de un control que intenta asegurar la fidelidad del ente al Estado, asegurando para éste la solidaridad político-administrativa de los jefes de aquélla.

Tal control afecta la totalidad de la gestión por razones políticas y no meramente legales o técnicas, y no sólo los actos aislados de la institución por motivos de esta última índole. Aun si se logra sancionar al jerarca rebelde y solidarizarlo con el Estado —sustituyendo al titular antiguo— queda abierta la posibilidad de nuevas ilegalidades o empirismos, aunque disminuyan los conflictos con el señor Presidente.

En cuanto el resultado de este control es la solidaridad política de los funcionarios descentralizados, y su objeto la gestión total del ente, y no su legalidad ni su técnica, acto por acto, tal tipo de control indirecto no tiene que ver con la tutela administrativa mínima aquí descrita, que asegura inevitable y directamente, por su propio objeto y función, aquella legalidad y técnica descritas. El control sustitutivo comisarial no es posible en Costa Rica, al menos en forma tácita, sino sobre la base de un disposición constitucional que la prevea y autorice por modo expreso, como ocurre con la potestad de nombramiento de los directores de la institución.

A través de esta fundamental potestad, de tipo político y no meramente administrativo, puede el Estado lograr aquella sustitución comisarial que de otro modo le estaría prohibida. Aquí, en esta potestad de nombramiento del jerarca descentralizado, está el pivote y la fuerza de la actual tutela administrativa constitucional en nuestro medio. Sin ella, restaría la tutela mínima referida, pero moriría la coordinación política de gestiones administrativas, que ya vimos está constitucionalmente vedada al Estado en su forma directa. Con ella, en cambio, aunque muera aquella tutela mínima por expresa disposición constitucional que la suprime, sobrevive una poderosa y abundante fuente de dirección y coordinación de los entes autónomos, bajo la autoridad suprema del Poder Ejecutivo.

Examinemos más de cerca, finalmente, esta potestad de nombramiento de los directores autónomos, constitucionalmente atribuida a nuestro Consejo de Gobierno.

## CAPITULO VII

### EL NOMBRAMIENTO DE LOS DIRECTORES AUTÓNOMOS

#### a)—La potestad de nombramiento de los directores autónomos

Se ha explicado previamente que la institución autónoma tiene la titularidad exclusiva de su competencia y que, dentro de ésta, ostenta una libertad de decisión que impide toda jerarquía o dirección sobre sus actos. De ello se concluyó que la autonomía queda salvaguardada en tanto se permita al ente manifestar su voluntad primera en forma independiente, y no se llegue hasta sustituirla por la voluntad del Estado después, salvo caso de omisión ilegal. La misma razón que nos permite hacer esta afirmación, nos lleva a afirmar ahora que [no se opone a la autonomía la intervención del Estado antes de que aquella haya empezado a funcionar, cuando duran todavía los momentos de su constitución y del nombramiento de sus jefes. En esta etapa que se desarrolla a través de la organización y fundación de la entidad, y el nombramiento de sus altos representantes, no hay posibilidad alguna de determinar la voluntad del ente, puesto que no existen todavía siquiera las condiciones en que esa voluntad es posible y puede ser operante. Puede decirse, de este modo, que tal potestad central de nombramiento y organización se coordina con la autonomía y es posible en todo caso, a condición de ser expresa. No se trata, en efecto, de una potestad necesaria para el control de la legalidad y la técnica de la actividad descentralizada, por todo lo ya explicado en relación con las intervenciones disciplinarias sobre el personal de la administración, enteramente aplicable también a la hipótesis en examen. Pero es perfectamente admisible su existencia legal, aún si no está fundado —como en Costa Rica— en una expresa disposición constitucional.

## b) —Bases y carácter constitucional de la potestad de nombramiento

Dice el artículo 147 inciso 4) de nuestra Constitución:

“El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros, para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones: ... inciso 4) Nombrar a los directores de las Instituciones Autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo”.

Esta norma consagra explícitamente la potestad que tiene el Consejo de Gobierno para nombrar algunos directores —no todos— de las instituciones autónomas, y lo hace sin consignar límites precisos de ninguna especie. No fija tal norma las calidades de los posibles directores, si particulares o funcionarios públicos, ni el procedimiento para su investidura, ni, sobre todo, su carácter representativo, si del Estado o del ente mismo. Algunos de estos extremos los ha aclarado la ley, pero han quedado dudas graves sobre los alcances de ésta, especialmente en lo tocante a la facultad establecida para remover —y no sólo para nombrar— aquellos directores.

Queremos, en seguida, indagar brevemente el motivo, el fin y el efecto de esta potestad de nombramiento.

Y es preciso considerar, ante todo, el hecho mismo tan significativo de que sea nuestro Consejo de Gobierno —y no el Poder Ejecutivo común, integrado por el Presidente y los Ministros— el órgano constitucionalmente llamado a realizarlo a nombre del Estado.

Si examinamos la naturaleza de las funciones encomendadas a este cuerpo constitucional (potestad de gracia, declaratoria del estado de defensa, nombramiento de representantes diplomáticos, decisiones en asuntos de gravedad nacional, etc.), podemos extraer rápidamente una muy importante conclusión; el Consejo de Gobierno es un órgano deliberante y político, no un órgano administrativo.

Mucho se ha discutido en doctrina —con pobre resultado— sobre la llamada actividad política del Estado, que usualmente se identifica con su función de gobierno. Y se han ideado al respecto múltiples explicaciones que se resumen en las dos ideas irreconciliables del gobierno como una actividad caracterizada por el móvil

—el porqué de la acción pública— y del gobierno como función caracterizada por su fin, el para qué de la acción. Así, según la primera, acto de gobierno puede ser cualquiera, siempre que de sus antecedentes históricos o documentales resulte probado que el funcionario lo adopta porque era imprescindible para salvar la unidad o el funcionamiento del Estado; y, de acuerdo con la segunda doctrina, sólo es acto de gobierno aquel que tiene por meta y resultado el afectar realmente (según el derecho) esa unidad y funcionamientos básicos y generales.

De ambas doctrinas sólo la segunda es cierta, y, además, la única posible en un Estado liberal de derecho. Pues la consecuencia fundamental del carácter político de un acto es su impugnabilidad jurisdiccional, tal y como lo dispone nuestra ley del contencioso administrativo y lo explica la fundamentación que arriba quedó expuesta. De donde, abandonar a la caprichosa motivación histórica o psicológica de los actos del gobernante, el carácter político de éstos y la posibilidad de su impugnación, sin ninguna consideración para su fin y efecto jurídicos, sería tanto como erigir en creador de la ley a ese gobernante y consolidar aquellos caprichos con base en la misma ley. Es claro, además, que la tesis del móvil como criterio distintivo del acto político padece el grave error lógico de pasar desapercibido que para la aplicación de ese criterio es preciso tener ya adoptado el opuesto y saber con certeza que reviste carácter político todo aquello que afecte o intente afectar la unidad en el funcionamiento básico del Estado. Son éstos, como materia u objeto del acto, y no el móvil, la causa del carácter político del acto.

De este modo, las doctrinas dominantes aceptan hoy que es acto político aquél que tiene por objeto mantener y promover la unidad y la existencia del Estado, sin relación con intereses parciales ni fines especializados; y que, por la complejidad y variedad de elementos dispares que pueden entrar en su ámbito así como por la variedad y urgencia de sus motivos, tiene una consistencia marcadamente discrecional e insusceptible de violar derecho alguno, o de ser atacado jurisdiccionalmente por una violación de ese tipo. En resumen, acto político es el que resulta indispensable para la conservación de la integridad material del Estado Central, o para la conservación de su unidad jurídica, considerada bajo el prisma de las relaciones entre sus órganos fundamentales, o de las relaciones con otros poderes extraños, internos o internacionales.

Puesta a aplicar este criterio, la doctrina más autorizada ha optado por las enumeraciones, basadas en la generalización de los casos más comunes dentro de la ley o la jurisprudencia de los estados liberales de hoy día.

Un autor reciente, en una egregia monografía sobre los actos administrativos ha elencado los actos políticos hoy claramente definidos y aceptados por la doctrina con aquel criterio, como sigue:

“a) Actos atinentes a las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, por ejemplo, decretos de convocatoria o de disolución (en regímenes parlamentarios) de la Asamblea, la omisión de someter un proyecto de ley al Parlamento (o el envío del mismo) la promulgación de la ley;

b) Actos del Jefe de Estado relativos al ejercicio de la potestad de gracia, no obstante que una contraria opinión niegue a estos actos su carácter de gubernamentales;

c) Actos por los cuales se adoptan medidas generales de seguridad pública, tanto en el interior como en el exterior, tales como la movilización, la declaración de guerra, la declaración del Estado de defensa nacional o de sitio. Algunos autores agregan los hechos de guerra, el pillaje, la calamidad nacional, etc.; y

d) Actos diplomáticos, concernientes a la protección de los nacionales en el extranjero, las instrucciones y nombramientos diplomáticos, la expulsión de extranjeros, y, en general, los actos de soberanía externa” (Michael Stassinopoulos, *Tratado de Los Actos Administrativos*, pág. 30-31).

Hemos hecho esta larga transcripción por su exacto ajuste al caso de nuestro Consejo de Gobierno y sus funciones. Si se hace un rápido cotejo entre la cita y nuestro artículo 147 mencionado, podrá constatarse la plena coincidencia entre las funciones del Consejo y la actividad política del Poder Ejecutivo. Pues si toda ésta compete al Consejo, toda la actividad del Consejo es política. En efecto: todas las funciones que le corresponden presentan la doble característica de no ser susceptibles de realización por ningún Ministerio en particular, por afectar a la totalidad del Gobierno como unidad frente a entes o poderes extraños, y de ser de ejercicio ampliamente discrecional y no detalladamente regulado ni limitado en ninguno de sus elementos.

Cuando el Consejo de Gobierno nombra diplomáticos hace posible la representación externa del Estado, en la que éste no aparece a través de un órgano con una competencia especializada, ni como una suma de competencias parciales, sino como unidad de poder y de acción, indiscriminada en cuanto a sus componentes internos. Y, también, cuando solicita de la Asamblea la declaratoria del Estado de defensa, provee a una necesidad que afecta a todos los ministerios y ramos de la actividad administrativa y a la colectividad toda, sean cuales fueren los intereses contrastados que los componen. Igualmente con la potestad de gracia, que permite en última instancia el buen funcionamiento de la justicia penal indispensable no sólo para proteger la libertad del hombre, sino para mantener el prestigio del Estado ante éste y la comunidad natural, fuente de todo gobierno democrático. No hay especialización y hay casi entera libertad de decisión: lo exigen los asuntos encomendados al Consejo y el carácter eminentemente político de éste, como órgano llamado a velar por la unidad y coordinación del Estado frente a toda clase de entes o poderes distintos y disgregantes.

El Consejo de Gobierno ha sido encomendado para nombrar los directores de los entes autónomos precisamente en ese su carácter eminentemente político y para que en este caso, como en los otros que le competen, provea a mantener la unidad y la coordinación del Estado frente al poder desmembrante de la autonomía. El Consejo de Gobierno nombra a los directores de las instituciones menores en su carácter de órgano de alta administración no especializada, exactamente como cuando nombra a los representantes diplomáticos. Si alguna disparidad existe entre ambos casos es de grado y no de esencia, porque ambas hipótesis son fundamentalmente la misma, por el motivo, el efecto y el fin. Se trata de un nombramiento dirigido a favorecer al Estado, y no al ente, asegurando para el Poder Ejecutivo la coincidencia con el jerarca nombrado sobre las guías de administración fundamentales para el servicio descentralizado.

No se trata, en absoluto, de procurar sus directores al ente autónomo, por imposibilidad inicial de éste para hacer sus nombramientos primeros; ni aún siquiera, en realidad, de un simple sistema de integración de directivas, como medio indispensable para el funcionamiento normal del ente. Si así fuera, los nombra-

mientos posteriores al primero habrían sido cometidos a la Junta Directiva de la propia institución, más capaz que el Consejo para escoger a los candidatos mejores desde el punto de vista de la especialización; y, en todo caso, se habría permitido expresamente a aquella, para desvanecer toda duda al respecto, la remoción de los directores ineptos o irregulares. Esto revela un hecho fundamental: que si el nombramiento proviene de un órgano político, constructor de la unidad estatal, y es periódico, tal nombramiento tiene el fin de instaurar una relación normal de dependencia entre el Ejecutivo y el jerarca del ente autónomo, que permita a aquél orientar a éste en cuanto a sus programas y realizaciones básicas, mínimas o máximas. Esta intervención, consecuentemente, no intenta sólo evitar un daño a los intereses nacionales sino explotar al máximo las disponibilidades del ente, por su buena repercusión en las otras ramas de administración pública a su cargo o a cargo de otros entes autónomos. Todo lo logra sin ordenar ni dirigir, posiciones que le están constitucionalmente prohibidas al Poder Ejecutivo, con el solo nombrar a un director que le sea políticamente adicto. Con esto queda aclarado el fin y función de la potestad de nombramiento en examen.

### c) — El efecto del nombramiento central de los directores de entes autónomos

¿Cuál es el efecto de este nombramiento, el común del acto respectivo o un efecto excepcional? El efecto depende del fin del acto y sólo puede aceptarse, en ausencia de precisión constitucional al respecto, el efecto que armonice con éste, tal y como claramente se dedujo del texto constitucional, y no otro cualquiera insuficiente para su cabal realización. Si el fin del nombramiento, tal y como se desprende de los lacónicos textos constitucionales que lo consagran, es la instauración de una relación de dependencia permanente entre el Poder Ejecutivo y el ente, el efecto sólo puede ser aquél que posibilite una ulterior intervención del Consejo de Gobierno sobre el jerarca descentralizado y, más concretamente, sobre los titulares de este jerarca nombrados por él. Es decir, aquel efecto que cree una relación permanente de dependencia entre el Consejo de Gobierno y el director nombrado, que le permita determinar en alguna forma acorde con sus criterios de alta administración, la conducta de éste en la dirección del ente autónomo.

¿Significa esto que el director del ente autónomo es un funcionario público dependiente del Estado, que representa a éste y no al ente, cuando menos frente al Estado mismo? ¿Puede el Poder Ejecutivo o el Consejo de Gobierno, dirigir guías, instrucciones u órdenes al dicho director nombrado, como si fuese un subordinado jerárquico del Presidente y el Ministro del ramo? Y si no es la jerarquía ni la dirección —que ya vimos están vedadas—, ¿cuál puede ser la naturaleza y el contenido de esta dependencia sui generis que afirmamos existe entre Consejo de Gobierno y directores por él nombrados de las instituciones autónomas?

Una clara advertencia se impone: el director nombrado, sea cual fuere su relación con el Consejo de Gobierno, es, además, director de la institución y su representante ante terceros y ante el Estado mismo. Si el director pudiese sostener sin contradicción funcional alguna —que paralizaría o desviaría ambas representaciones— la doble calidad de funcionario del ente y del Estado, respecto de los mismos asuntos o materias de trabajo, tal afirmación bastaría para resolver el problema y afirmar, sin preocupación, que el director es tal y es a la vez funcionario. Sin embargo, si es funcionario del Estado y sometido al poder de mando de éste, es, por su origen y su función, un representante del Estado y no del ente, dentro del cual representaría más bien un interés extraño. Por otra parte, si con el nombramiento deja de ser representante del Estado, el director pasa a representar nada más a la institución, aun frente al Estado, y éste perdería toda influencia o capacidad de determinación de su conducta, que ya vimos es el origen esencial de la potestad de nombramiento titulada por el Consejo de Gobierno. Se trataría, entonces, de una relación antinómica con la potestad de que emana.

El problema se complica si se piensa que la plenitud de poderes de administración que corresponde al ente autónomo por el solo hecho de tener total independencia en su materia le otorga potestad para oponerse a toda directiva u orden del Estado que determine su conducta o la de sus jefes previamente a la resolución inicial de un asunto cualquiera de su servicio. Todo el problema está en conciliar la doble calidad del director nombrado, como representante y funcionario del Estado, y como jerarca de la institución, sin destruir simultáneamente la autonomía de ésta.

La solución está en admitir que el director nombrado continúa siendo un agente y representante del Estado ante la institución

y exclusivamente ante ésta (y no ante los terceros usuarios del respectivo servicio) pero dentro de una relación de dependencia que no es ni de dirección ni de jerarquía, porque no contiene a favor del Estado las respectivas potestades de una ni otra, ni la obligación de obediencia a cargo del funcionario subordinado. ¿Cuál es esa relación de dependencia, que es tal y, sin embargo, no permite al Estado dar órdenes, ni imponer programas ni directivas al jerarca o director del ente autónomo?

Esta relación de dependencia es una figura jurídica de organización pública muy conocida especialmente en regímenes parlamentarios, cuyo contenido se agota en dos potestades extremas, la de nombrar el órgano y la de removerlo por falta de confianza en su solidaridad política —y no administrativa— con los jefes políticos del Estado Central. Tiene por objeto la totalidad de la gestión del ente y no un acto particular de la misma, como los controles anteriores ya examinados; y tiene por fin aquella indirecta determinación del Gobierno descentralizado, a través de la solidaridad política del director autónomo con el Poder Ejecutivo, dentro de una relación de confianza, de contenido ampliamente discrecional.

Una vez nombrado el director es representante del ente ante terceros y sólo a nombre de éste es responsable, con todos los derechos y obligaciones que le corresponden de acuerdo con el reglamento interior de organización del ente mismo. Desaparece toda subordinación al Estado en cuanto a sus actos concretos y conserva plena libertad para decidir los asuntos de la institución sin atender órdenes ni directivas impuestas por el Estado. Como, para copiar un afortunado símil de Minervini, el director de una sociedad anónima nombrado por la mayoría es director de la sociedad —que representa incluso a la minoría que se le opuso y no sólo a la mayoría que lo eligió—, así el director de la institución nombrado por el Consejo de Gobierno es tal por las instituciones y no sólo por el Estado que lo ha nombrado.

Ello no obstante, frente al Estado este director es un instrumento de dominio y control sobre la total gestión del ente autónomo y al Estado le queda la potestad de revocarlo como única forma de asegurarse este dominio, cuando el funcionario no le merezca más confianza como un instrumento dócil al efecto. Una vez acep-

tado y demostrado que tal es la única función del nombramiento, y que, a la vez, la relación de dirección y jerarquía resultan incompatibles con la autonomía, resulta inevitable admitir —por exclusión y por necesidad lógica— la potestad revocatoria en manos del Consejo de Gobierno con el motivo y la finalidad políticos, de unidad administrativa, ya apuntados. Si no se admite tal potestad revocatoria por motivos de confianza, discrecionales y no regulados, aparece una potestad de nombramiento enteramente incompatible con la naturaleza del órgano y del carácter periódico que le ha otorgado nuestra Constitución.

Se confirma ello plenamente cuando se piensa que nuestra Constitución, previendo el grave peligro que tal potestad podría representar para la autonomía sin un contrapeso que la debilitara, dejó abierta la posibilidad —absurdamente desaprovechada por el legislador— de atribuir a otros sujetos distintos del Poder Ejecutivo y del Consejo de Gobierno, un poder igual al de éstos, para el nombramiento de directores de instituciones menores. Todo el que lea cuidadosamente el artículo 147 arriba citado, podrá darse cuenta de que al Consejo no le corresponden todos los nombramientos respectivos; porque el Consejo puede hacer únicamente los que le correspondan.

Con el sistema legal que nos rige en la materia, por virtud del cual todos los nombramientos de directores de instituciones autónomas se atribuyen al Consejo de Gobierno, sólo resta una alternativa; o eliminar por ley la potestad de libre nombramiento y remoción de los mismos que la Constitución le otorga a aquél; o reconocer esa potestad, tal y como emanada de la Constitución, y destruir simultáneamente la autonomía. Nuestra ley ha optado por la primera posibilidad y ha privado así al Poder Ejecutivo del arma más fuerte en su lucha contra la disgregación administrativa y política, representada por la autonomía. Ello es inconstitucional, como lo es dar al Consejo de Gobierno el nombramiento de la totalidad de los directores de las instituciones autónomas, cuando la Constitución abre la posibilidad de integrar con nombramientos de origen diverso las respectivas Juntas Directivas.

El sistema correcto y sano es el implícito pero claramente consagrado en la Constitución: varios intereses y entre ellos necesariamente el de la Administración Central, a través del Consejo

SUMARIO:

Subestimación del Pasado y Manía de lo Nuevo .....	7
Giorgio del Vecchio	
Facultades y Limitaciones de las Convenciones Constituyentes y Reformadoras de Constituciones .....	13
Prof. Salvador M. Dana Montaña	
Las Acciones Comunes u Ordinarias .....	73
Lic. Francisco Morelli Cozza	
El Capital en las Sociedades por Acciones Conforme a las Legislaciones Italiana y Costarricense .....	83
Lic. Fernando Mora Rojas	
El Control en la Sociedad por Acciones .....	103
Lic. Edgar Rojas Vargas	
Los Organos Sociales en las Sociedades Anónimas .....	117
Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco	
La Autonomía Administrativa en C. R. ....	127
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz	

de Gobierno, nombran a los directores de las instituciones autónomas, de modo que el límite al predominio político del Estado, en la Junta Directiva integrada, se produzca automáticamente dentro de ésta, por el choque y compromiso entre fuerzas dispares, y no coactiva y externamente, por la eliminación legal (e inconstitucional) de las potestades que corresponden al Estado para remover libremente a sus representantes en esa Junta. Todo lo que no sea esto es dañar la autonomía, por su fortalecimiento desmedido a costa del Estado, o por su desmedida sujeción al poder político y directivo de éste.

d)—La potestad disciplinaria sobre el director autónomo

Resulta de lo expuesto que se trata, en el caso, de una relación que se inicia con el nombramiento y se termina con la revocación del mismo, sin ningún acto intermedio. Pero ya se vio cómo la ley, en tanto que creadora de las bases necesarias de toda organización y gestión administrativa, resulta un instrumento fundamental de las mismas, cuya observancia se busca e impone por el control estatal con un fin también puramente administrativo. Desde este punto de vista resulta claro que, aparte de la relación de confianza que pueda haber entre director nombrado y Consejo de Gobierno, existe otra relación disciplinaria, nacida y fundamentada en la anterior, que permite al Poder Ejecutivo —por mayoría de razón— sancionar todas las ilegalidades cometidas por el director nombrado. La potestad disciplinaria sobre los directores de las instituciones puede considerarse fraccionada, de acuerdo con lo dicho, en dos diversos titulares: el Poder Ejecutivo a través del Consejo cuando la falta sancionable consiste en la violación de la norma general, emanada del Estado, porque entonces hay un interés central y no sólo del ente en su aplicación y observancia; y el ente mismo, cuando aquella falta consista en la violación de un reglamento o norma especial emanados de su potestad de autoorganización o de reglamentación internas ya examinadas en la parte primera de este estudio.